















15992

**ARCHIV FÜR RECHTS-  
UND  
SOZIALPHILOSOPHIE**

**Band 15**

**1921/22**

KRC

A7





# Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie

mit besonderer Berücksichtigung  
der Gesetzgebungsfragen

Begründet von

Josef Kohler † und Fritz Berolzheimer †

Herausgegeben von

Ernst Zitelmann  
Bonn a. Rh.

Leopold Wenger  
München

Peter Klein  
Königsberg i. Pr.

**Band XV**  
**1921/22**

VERLAGSBUCHHANDLUNG DR. WALTHER ROTHSCHILD  
BERLIN-GRUNEWALD

Reprinted with the permission of the  
Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie

JOHNSON REPRINT CORPORATION  
Fifth Avenue, New York, N. Y. 10003

JOHNSON REPRINT COMPANY LTD.  
Berkeley Square House, London, W. 1



---

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Veranstaltung von Sonderausgaben, so  
das Recht der Übersetzung vorbehalten.

---

Reprinted from a copy in the collections of  
The New York Public Library  
Astor, Lenox and Tilden Foundations

This journal was formerly entitled ARCHIV FÜR RECHTS-  
UND WIRTSCHAFTSPHILOSOPHIE. The title was changed to  
ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE with the  
publication of Volume 27.

First reprinting, 1968, Johnson Reprint Corporation  
Printed in the United States of America

# Inhaltsverzeichnis.

---

## Rechts- und Staatsphilosophie — Allgemeine Rechts- und Staatslehre.

|  |     |
|--|-----|
| ler und Hegel. Von Geh. Justizrat Dr. <b>Rudolf Leonhard</b> †, o. Professor der<br>Rechte an der Universität Breslau . . . . .  | 1   |
| hang: Bibliographie der hauptsächlichsten Würdigungen Josef Kohlers,<br>Zusammengestellt von Dr. <b>Arthur Kohler</b> , Amtsgerichtsrat in Berlin . .  | 12  |
| thodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. — Zugleich<br>ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919. (I.)<br>Von Dr. <b>Ernst v. Beling</b> , o. Professor der Rechte an der Universität<br>München . . . . .      | 14  |
| er den Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft. (III.)<br>(Schluß.) Von Dr. <b>C. A. Emge</b> , Privatdozent der Rechte an der Universi-<br>tät Gießen . . . . .  | 54  |
| Neubildung von Recht durch inneren Umsturz. Von Dr. <b>Ernst Weigel</b> ,<br>Landgerichtsrat in Stuttgart . . . . .  | 64  |
| thodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. — Zugleich ein<br>Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919. (Schluß.)<br>Von Dr. <b>Ernst v. Beling</b> , o. Professor der Rechte an der Universität<br>München . . . . . | 133 |
| urrecht und Psychologie. Von Geheimen Regierungsrat Dr. <b>Adolf Dyroff</b> ,<br>o. Professor der Philosophie an der Universität Bonn . . . . .  | 309 |
| en Hubers Rechtsphilosophie. Von Dr. <b>Arthur Baumgarten</b> , o. Professor der<br>Rechte an der Universität Köln . . . . .   | 341 |

## II. Gesetzgebungsfragen.

|   |     |
|---|-----|
| merkungen zu dem Allgemeinen Teil des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch<br>von 1919. Von Geh. Justizrat Dr. <b>Wachenfeld</b> , o. Professor der Rechte<br>an der Universität Rostock . . . . . | 73  |
| afrecht und Sittlichkeit. Von Geh. Justizrat Dr. <b>Georg Kleinfeller</b> , o. Professor<br>der Rechte an der Universität Kiel . . . . .  | 100 |
| ndgedanken einer deutschen Strafprozeßreform. (II.) (Schluß.) Von Dr.<br><b>Leo Haber</b> , Rechtsanwalt in Wien . . . . .  | 110 |



- Die Neugliederung des Reichs. Von **Erich Koch**, Reichsminister a. D., M. d. R., Berlin . . . . .
- Neuordnung des Strafverfahrens und Bolschewismus. Von Geh. Justizrat Dr. **Georg Kleinfeller**, o. Professor der Rechte an der Universität Kiel. . .
- Grundlegung des Arbeitsrechts. Von Oberstlandesgerichtsrat Dr. **W. Silberschmidt**, Honorarprofessor an der Universität München . . . . .

### III. Literatur.

#### a) Rezensionenabhandlung:

- Fuchs**, Wilhelm: Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz. Besprochen von Dr. **C. A. Emge**, Privatdozent der Rechte an der Universität Gießen
- Die neue Auflage des „Handbuch der Politik“. Dritter und vierter Band. Besprochen von Wirkl. Geh. Rat Professor Dr. jur., Dr. oec. publ. h. c. **Franz Klein**, österr. Justizminister a. D., Wien . . . . .

#### b) Besprechungen.

- Partsch**, Josef: Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität. Besprochen von Dr. **Leopold Wenger**, o. Professor der Rechte an der Universität München . . . . .
- Mutzner**, Paul: Vom Wert der Rechtsgeschichte. Besprochen von Dr. **Leopold Wenger**, o. Professor der Rechte an der Universität München . . .
- Seeberg**, Reinhold: Lehrbuch der Dogmengeschichte, Bd. IV. Besprochen von Dr. **Johannes Belim**, o. Professor der Theologie an der Universität Königsberg . . . . .
- Del Vecchio**, Giorgio: L'evoluzione dell' ospitalità. Besprochen von Dr. **Theodor Sternberg**, o. Professor der Rechte an der Universität Tokio .
- Wolzendorff**, Kurt: Der reine Staat. Besprochen von Dr. jur. et phil. **Bovensiepen**, Oberlandesgerichtsrat in Kiel . . . . .
- Nawiaskey**, Hans: Der Bundesstaat als Rechtsbegriff. Besprochen von Dr. **Walter Jellinek**, o. Professor der Rechte an der Universität Kiel . .
- Bruck**: Die Behandlung der Versicherungsverträge im Friedensvertrage zu Versailles. — **Wolff**: Privatrechtliche Beziehungen zwischen früheren Feinden nach dem Friedensvertrag. — **Laun**: Deutschösterreich. — **Kraus-Rödiger**: Urkunden zum Friedensvertrag. Besprochen von Dr. **Peter Klein**, o. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr. . . . .
- Rümelin**, Max: Die Gerechtigkeit. Besprochen von Geh. Justizrat Dr. **Ernst Landsberg**, o. Professor der Rechte an der Universität Bonn a. Rhein
- Hönn**, Karl: Wissenschaftliche Forschungsberichte, Band V: Philosophie von Willy Moog. Besprochen von Dr. **Goedeckemeyer**, o. Professor der Philosophie an der Universität Königsberg i. Pr. . . . .
- Kraus**, Herbert: Vom Wesen des Völkerbundes. Besprochen von Dr. **A. Affolter**, Bundesrichter in Lausanne . . . . .
- Faluhelyi**, Franz: Die ewige Neutralität und der Weltkrieg. Besprochen von Hofrat Dr. **Paul v. Angyal**, Universitätsprofessor in Budapest . .

|   |               |
|---|---------------|
| edrich's, Karl: Verwaltungsrechtspflege. Besprochen von Dr. O. Loening,<br>Amtsgerichtsrat und Hochschuldozent in Danzig . . . . .  | 303           |
| yer, Bruno: Einführung in die Probleme des staatlichen Rechts. Besprochen<br>von Dr. Fritz Stier-Somlo, o. Professor der Rechte an der Universität Köln . . . . .   | 303           |
| enzweig, Armin: System des österreichischen allgemeinen Privat-<br>rechts. Besprochen von Dr. Peter Klein, o. Professor der Rechte an der<br>Universität Königsberg i. Pr. . . . .  | 304           |
| tzetel, Max: Friedrich List. Besprochen von Hochschulprofessor Dr. Karl<br>Koehne, Berlin . . . . .   | 304           |
| eland, Karl: Handelsrecht. Besprochen von Professor Dr. A. Nußbaum,<br>Berlin . . . . .   | 306           |
| ulla, Rudolf: Die Grundlagen des Geldwertes. — v. Dungen: Die Ent-<br>wertung des deutschen Geldes im internationalen Verkehr. — Pohle,<br>R.: Geldentwertung, Valutafrage und Währungsreform. — Prion, W.:<br>Die Finanzierung und Bilanz wirtschaftlicher Betriebe unter dem Einfluß<br>der Geldentwertung. Besprochen von Professor Dr. A. Nußbaum, Berlin . . . . . | 307           |
| c) Bücherschau . . . . .  | 130, 307, 440 |

# Sachregister.

---

- Arbeitsrecht (Grundlegung) 404.  
Apriorische, Das 62.  
Bemerkungen zu dem Allgemeinen Teil des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch von 1919 73.  
Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität 116.  
Bolschewismus 385.  
Bücherschau 130, 307, 440.  
Bundesstaat als Rechtsbegriff 127.  
Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft 54.  
Deutschösterreich 129.  
Die Behandlung der Versicherungsverträge im Friedensvertrage zu Versailles 129.  
Die Entwertung des deutschen Geldes im internationalen Verkehr 307.  
Die ewige Neutralität und der Weltkrieg 300.  
Die Finanzierung und Bilanz wirtschaftlicher Betriebe unter dem Einfluß der Geldentwertung 307.  
Die Grundlagen des Geldwertes 307.  
Dogmengeschichte (Seeberg) 122.  
Einführung in die Probleme des staatlichen Rechts 303.  
Geldentwertung, Valutafrage und Währungsreform 307.  
Gerechtigkeit, Die. 297.  
Grundgedanken einer deutschen Strafprozeßreform 110.  
Handbuch der Politik 427.  
Handelsrecht 306.  
Hegel 1.  
Kohler 1.  
List, Friedrich 304.  
L'evoluzione dell' ospitalità 124.  
Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz 293.  
Methode der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung.  
— Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919 14, 133.  
Naturrecht, „Positives“ 62.  
Naturrecht und Psychologie 309.  
Neubildung von Recht durch inneren Umsturz 64.  
Neugliederung des Reichs 277.  
Neuordnung des Strafverfahrens und Bolschewismus 385.  
Österreichisches allgemeines Privatrecht 304.  
Privatrechtliche Beziehungen zwischen früheren Feinden nach dem Friedensvertrag 129.  
Rechtsgefühl 338.

Rechtsphilosophie Eugen Hubers 341.  
 Staat, Der reine 126.  
 Urkunden zum Friedensvertrag 129.  
 Verwaltungsrechtspflege 303.  
 Wert der Rechtsgeschichte 121.  
 Wesen des Völkerbundes 299.  
 Wissenschaftliche Forschungsberichte. Bd. V, Philosophie 299.

---

## Autorenregister.

(Die fettgedruckten Zahlen verweisen auf die Verfasser von Abhandlungen.)

---

|                           |                           |
|---------------------------|---------------------------|
| Affolter, A., 299.        | Kohler, Arthur 12.        |
| v. Angyal, Paul 300.      | Kohler, Josef 1.          |
| Baumgarten, Arthur 341.   | Kraus, Herbert 129, 299.  |
| Behm, Johannes 122.       | Landsberg, Ernst 297.     |
| v. Beling, Ernst 14, 133. | Laun 129.                 |
| Beyer, Bruno 303.         | Leonhard, Rudolf 1.       |
| Bovensiepen 126.          | List, Friedrich 304.      |
| Bruck 129.                | Moog, Willy 299.          |
| Dyroff, Adolf 309.        | Mutzner, Paul 121.        |
| v. Dungern 307.           | Nawiaski, Hans 127.       |
| Ehrenzweig, Armin 304.    | Nußbaum, A. 306, 307.     |
| Emge, C. A. 54, 293.      | Partschi, Josef 116.      |
| Faluhelyi, Franz 300.     | Pohle, R. 307.            |
| Friedrichs, Karl 303.     | Prion, W. 307.            |
| Fuchs, Wilhelm 293.       | Rödiger 129.              |
| Goedeckemeyer, A. 299.    | Rümelin, Max 297.         |
| Haber, Leo 110.           | Seeberg, Reinhold 122.    |
| Hegel 1.                  | Silberschmidt, W. 404.    |
| Hönn, Karl 299.           | Sternberg, Theodor 124.   |
| Hötzel, Max 304.          | Stier-Somlo, Fritz 303.   |
| Huber, Eugen 341.         | Del Vecchio, Giorgio 124. |
| Kaulla, Rudolf 307.       | Wachenfeld 73.            |
| Klein, Franz 427.         | Weigelin, Ernst 64.       |
| Klein, Peter 129, 304.    | Wenger 116, 121.          |
| Kleinfeller, Georg 100.   | Wieland, Karl 306.        |
| Koch, Erich 277.          | Wolff 129.                |
| Koehne, Karl 304.         | Wolzendorff, Kurt 126.    |

---

*In Vorbereitung:*

*Josef Kohler*

*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*

*Dritte Auflage*

*Besorgt von*

*Arthur Kohler*

# I.

## Rechts- und Staatsphilosophie. Allgemeine Rechts- und Staatslehre.

---

Kohler und Hegel.

Von

Geh. Justizrat Dr. Rudolf Leonhard †, o. Prof. der Rechte  
an der Universität Breslau.

*Vortrag, gehalten in der vereinigten Sitzung der philosophisch-psychologischen und der rechts- und staatswissenschaftlichen Sektion der Schlesischen Gesellschaft für vaterländische Kultur in Breslau<sup>1)</sup>.*

An Nachrufen für Josef Kohler fehlt es ebenso wenig, wie an Überblicken über seine Tätigkeit, die schon zu seiner Lebenszeit veröffentlicht worden sind<sup>2)</sup>. Unter den letzteren verdient besondere Beachtung ein Aufsatz: „Kohler als Rechtsphilosoph“ in der philosophischen Wochenschrift und Literaturzeitung vom 6. Januar 1906, verfaßt von Dr. jur. Fritz Berolzheimer, dem Mit-herausgeber des von Kohler begründeten „Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“.

Wenn ich es wage, diesen sachverständigen Ausführungen kritische Randbemerkungen hinzuzufügen, so halte ich mich als Freund und mehrfacher Reisebegleiter des Verstorbenen dazu berechtigt, zumal meine Übersicht über Kohlers Wirksamkeit zu seinem siebzigsten Geburtstage von ihm selbst veranlaßt und einer überaus liebenswürdigen Aufnahme gewürdigt worden ist. Auch ich bin ein Schüler des Berliner Philosophen Michelet und insoweit ein mittelbarer Schüler Hegels.

Der Zusammenhang des Kohlerschen Lebenswerkes mit Hegels Gedanken ist von Kohler selbst scharf betont worden. Berolzheimer nennt ihn einen Neuhegelianer. Da man aber mit

---

<sup>1)</sup> Dieser dem Archiv zugedachte Vortrag erschien zunächst in der Unterhaltungsbeilage der „Schlesischen Zeitung“ vom 1., 9., 16. Januar 1921.

<sup>2)</sup> Vgl. unten Anhang S. 12/13.



letzterem Namen gewöhnlich Männer bezeichnet, die in ganz anderer Richtung segeln als Kohler, so liegt es für den Philosophen ebenso wie für den Juristen nahe, dem Inhalte seines Hegelianismus nachzuspüren. Dabei finden wir, soweit ich sehe, vier Anknüpfungspunkte zwischen den Arbeiten der beiden Gelehrten: Hegels Identitätsphilosophie, seinen Evolutionismus, seine Universalität und seine pantheistische Denkart.

Die Abweichung der Hegelschen Erkenntnislehre von der Kantischen wird von Kohler in den beiden Auflagen seiner Rechtsphilosophie besonders scharf betont. Wahrnehmungsgegenstand und Wahrnehmungsbild sind ihm identisch. Namentlich wird die Annahme eines Dings an sich, das hinter dem Wahrnehmungsgegenstand steckt, abgelehnt. Wenn auch derselbe Gegenstand bei verschiedenen Menschen oder Gelegenheiten verschiedene Wahrnehmungsbilder erzeugt, so braucht man sich doch kein Wesen zu denken, das von der Kraft, solche Bilder zu erzeugen, völlig entblößt ist. Darin wird Hegel wohl namentlich die Zustimmung der Naturforscher finden, insbesondere darin, daß durch die Verschiedenheit der Wahrnehmungsbilder, die von einer bestimmten Stelle im Raum angeregt werden, die Einheit des die Wahrnehmung anregenden Gegenstandes nicht getrübt wird. Daß aber nur eins von den verschiedenen Bildern durchweg als das allein richtige und wahre anzunehmen sei, werden auch die Naturforscher nicht behaupten. Darin liegt aber die Achillesferse der nur allzu volkstümlichen Identitätsphilosophie. Überzeugend können nur die Bilder sein, die in der Seele des Beobachters entstehen, von der Wahrheit ihres Gegenstandes wissen wir nichts und dürften auch streng genommen nichts behaupten. Das aber leugnet die Identitätsphilosophie und namentlich Kohler, und zwar mit einer gewissen Berechtigung. In der Praxis des Verkehrs, der Gesellschaftssprache, des Elementarunterrichts und namentlich der Redeweise der Gesetze und der Gerichte ist die Identitätsphilosophie, die das Bild dem Abgebildeten gleichstellt, das Selbstverständliche. Ich erinnere nur an die „wahren Tatsachen“ der Prozeßordnung, die durch zahlreiche Eide bekräftigt werden, vom Standpunkte der Kantischen Theorie eine Ungeheuerlichkeit. In Wirklichkeit ist aus praktischen Gründen die Annahme der Möglichkeit objektiv zweifelloser Behauptungen über die Außenwelt ganz unentbehrlich. Wenn die Wahrheit nicht bestände, so müßte sie fingiert werden. Kohler, der sich an die Welt mit klammernden Organen in derber Liebeslust anzuhängen pflegte, ein lebensfroher Sprößling des Alemannenstammes, hing auch mit seinen Formen des juristischen Denkens an der An-



schauungswelt des Volkes. Darum mußte er bei aller Hochachtung vor Schopenhauer und Nietzsche gegen jede Anwendung des Skeptizismus eine instinktive Abneigung haben und als Kenner der philosophischen Literatur sich darüber freuen, daß er einen führenden Geist, wie es Hegel war, für eine Anschauung auführen konnte, die man in philosophischen Kreisen nicht gerade als besonders fachmännisch anzusehen pflegt.

Noch mehr als für die Praktiker ist die Ablehnung jedes Skeptizismus eine Lebensluft für den erfolgreichen Rechtslehrer. „Wer zweifeln will, der soll nicht lehren. Wer lehren will, der gebe was.“ Dieses Dichterwort war für Kohler ein Licht auf seinem Wege. Die meisten Hörer wollen auf das Wort des Lehrers schwören und verzagen, wenn er es selbst nicht tut. Als Priester der Wahrheit wollte Kohler geehrt werden, und daß er ein Priester der Wahrhaftigkeit war, ist gewiß. Wahrheit und Wahrhaftigkeit sind aber zweierlei, und selbst die Volkssprache unterscheidet genau wahre, wahrscheinliche, mögliche, unwahrscheinliche und falsche Meinungen. Mit diesen fünf Arten hat die Wissenschaft zu tun, nicht bloß mit den nach der Redeweise des Volkes wahren Behauptungen. Wahr nennt man im allgemeinen solche Behauptungen, die durch Beobachtung nachgeprüft und bewiesen werden können, wie z. B. das Dasein der Gesetzestexte, das kein vernünftiger Mensch bestreitet. Diese wahren Dinge bilden aber nur einen ganz geringen Teil des Lehrstoffs. Die Ergänzung des Unwiderlegbaren durch das bloß Wahrscheinliche, im Notfalle auch durch unentbehrliche Hypothesen, sowie die Entlarvung des Unwahrscheinlichen und des Irrigen, das sind die Hauptaufgaben der Wissenschaft. Die Wahrheitsfanatiker dagegen, die für ihre Wahrscheinlichkeitsbeweise eine Unfehlbarkeit verlangen, richten den allergrößten Schaden an. Diese Schattenseite der Identitätsphilosophie, die die Grenze zwischen zwingenden Beweisen und unentbehrlichen, aber trotzdem zweifelhaften Glaubhaftmachungen verwischt, ist auch Kohler nicht entgangen. Der harten Pflicht, frühere Irrtümer einzugestehen, hat er sich nicht entzogen, ihre Erfüllung wurde aber ihm sicherlich ganz besonders sauer. Er hielt sich nicht für unfehlbar, aber sein Ton, mit dem er häufig ex cathedra redete, hat ihm neben Bewunderern auch Gegner verschafft. Seine von Vaterlandsliebe eingeflößten Glücksprophezeiungen während des Weltkrieges waren daher von ungewöhnlicher, leidenschaftlicher Zuversicht durchglüht. Ihre Enttäuschung soll ihn darum auch in ganz außerordentlicher Weise erschüttert haben. Vor allem aber zeigte sich Kohlers Glauben an die Identitätsphilosophie in der Behandlung abweichender Ansichten. Sie

erschieden dem Wahrheitsfanatiker meist als verwerflich und unberechtigt. Ich habe es öffentlich behauptet, daß zu seinem heiteren, freundlichen Wesen der unfreundliche Ton seiner Kritiken im Widerspruche stand. Kohler gab mir hierauf selbst brieflich zu, daß in dieser Hinsicht eine Unstimmigkeit vorliege, die er sich nicht zu erklären wisse. Einer meiner Kollegen vermutete hier eine unbewußte Nachwirkung des Berufes seines Vaters, der Volksschullehrer war. Jedenfalls kehrte er seinen Zorn mit Vorliebe nicht gegen Hilflöse und Schwache, sondern der Ruhm und die Machtstellung des Gegners reizte seine Kampfeslust. Nicht einmal das Oberhaupt der katholischen Kirche, zu der er sich gern bekannte, verschonte er vor erregten Tadelsworten. Die großen Schulhäupter Ihering und Windscheid, die aus aufrichtiger Bewunderung ihm seinen Weg geebnet hatten, fanden in ihm, nachdem er sie früher hoch gerühmt hatte, einen erbitterten Tadler<sup>3)</sup>. Ich glaube eine Gerechtigkeitspflicht zu erfüllen, wenn ich in diesem Punkte für mildernde Umstände ein trete. Seine Heftigkeit, die im Alemannenstamme nicht selten vorkommt, beruhte auf dem heiligen Feuer seines Wahrheitsfanatismus und insoweit auf Hegels Identitätsphilosophie. Er hielt sich für einen Priester und Propheten, wie etwa Goethe, als er der Dichtung Schleier aus der Hand der Wahrheit entnahm, oder wie der Prophet Elias, der den Baalspriestern das Recht einer abweichenden Meinung durch tatkräftiges Zugreifen absprach. Zunächst war Kohler Windscheids und Iherings Schüler. Dem einen entnahm er seine Freude an Begriffsbildung und deutschen Begriffsbenennungen, dem anderen den rastlosen Bewertungsdrang, der nach Verbesserung unseres Rechtszustandes strebte. Aber bei seiner weiteren Entwicklung geriet er in ein beiden Vorbildern feindliches Streben, die Rechtslehren von der Anlehnung an die bisherige Entwicklung frei zu machen. Als dies in ihm erwachte, betete er an, was er mit der historischen Schule als Geist der französischen Revolution verbrannt hatte, und verbrannte, was er angebetet hatte. Diese innere Wendung war ein Nachklang französisch-rechtlicher Vorträge von Renaud und der Mannheimer Praxis, die in Paris die Heimstätte des badischen Gesetzbuchs sah, das sich bekanntlich an Napoleons großes Werk anlehnte. Der Individualismus des Despoten, der die Vergangenheit in Trümmer schlug, lebt in der französischen Praxis fort. Die Sou-

<sup>3)</sup> Vgl. insbesondere die Aufsätze „Windscheid“ und „Windscheid und Ihering“, Zukunft, 2. Bd., 54—63 u. 113—118, 1893; abgedruckt in der Essays-Sammlung „Vom Lebenspfad“, Mannheim, Bensheimer, 1902, S. 32—49. [Dr. A. K.]

veränität der Gerichte ist für sie keine leere Phrase. Für sie ist nicht, wie für Spencer, das Recht eine Herrschaft der Toten über die Lebendigen, sondern bei ihr hat der Lebende das Recht, sich selbst seine Daseinsbestimmungen zu schaffen. Wer ihm entgegentritt, dem zerhaut der junge Siegfried den Wotansspeer, um zu seinem idealen Ziele vorzudringen.

So erging es hier Windscheid und Ihering. Windscheid kam über die römischen Begriffsbildungen kaum hinaus. Er vertrat die von Kohler bis zu seinem Tode immerfort gescholtene Pandektologie, die freilich nur ihren Stoff aus den Schriften der Pandektenjuristen entnahm, ihre Methode aber aus der scholastischen Wissenschaft, die zu der souveränen Denkart der alten römischen Juristen im schroffsten Widerspruch stand. Die letzteren verehrte Kohler, nicht aber die Gelehrten, die aus ihnen eine ihm unsympathische Weisheit herausgesponnen hatten. Ihering wollte über das römische Recht hinaus, aber nur durch das römische Recht hindurch. Diesen letzteren Umweg wollte Kohler in Anlehnung an unsere Germanisten nicht mehr mitmachen. Er sucht überall Anknüpfungen an germanistische Quellen, die bereits nicht mehr galten, also auch nicht Grundlage einer geschichtlichen Weiterentwicklung sein konnten, wohl aber Anreger eines individualistischen und instinktiv unrömischen deutschen Empfindens. Diese grundsätzliche Umwälzung hielt Kohler für das allein Richtige, und mit seinem Wahrheitsfanatismus begann er einen Titanenkampf, der allen denen, die ihn nicht verstanden, auf das höchste befremdlich sein mußte<sup>4)</sup>. Nicht Weiterentwicklung wollte er, sondern eine germanistische Renaissance durch Auflehnung gegen die herrschenden Autoritäten.

Aus Entwicklungsreihen kann der einzelne freilich nicht herausspringen. Hegels Gedanke, daß der Widerspruch ein förderndes Entwicklungselement ist, wurde durch Kohler betätigt, andererseits ist aber die Loslösung aus der großen Entwicklungsreihe, die er in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts versucht hat, nicht im Einklange mit der Kontinuität, in der nach Hegels Meinung der Entwicklungsgedanke sich gewissermaßen von selbst in ruhiger Bildung verwirklicht.

Der Entwicklungsgedanke beherrscht allerdings die Neuzeit. Leider verwechselt man dabei sehr häufig die naturwissenschaftliche Entwicklung von Lebewesen, wie sie wohl auch Nietzsche bei

---

<sup>4)</sup> Vgl. „Zu den Urteilen des Herrn Professor Dr. Kohler über Ihering und Windscheid in Nr. 16 u. 17 der Zukunft“, von Dreyer, Gruchots Beitr. 37, 193—199, 1893, und dazu Kohler, Leitfaden des Konkursrechts, 1893, Vorwort, S. VI. [Dr. A. K.]



seinem Streben nach dem Übermenschlichen vorschwebte, und die geschichtliche Entwicklung der Formen des Zusammenlebens, die Berolzheimer schon bei Aristoteles anerkannt findet und mit Kohlers Auffassung in Zusammenhang bringt. Welche Rolle dieser Gedanke bei Leibniz, Herder, Lessing und der historischen Schule gespielt hat, ist bekannt. Bei Hegel führte er zu einer seltsamen Gleichstellung der logischen Deduktionen mit den geschichtlichen Evolutionen, d. h. von Behauptungen mit menschlichen Taten. In diesem Punkte hat sich Kohler von Hegel freigemacht, wie so viele andere vor ihm, er hat aber überhaupt den Entwicklungsgedanken für die Begründung seiner Ansichten nicht so wie seine Vorgänger und die meisten seiner Zeitgenossen aufgefaßt. Nach drei Richtungen zeigt sich dies: In der Ablehnung des gesetzgeberischen Willens für die Deutung der Gesetze, in der Lösung der Interpretationen des Bürgerlichen Gesetzbuches von der gemeinrechtlichen Pandektenlehre und in dem Zurückstreben zu gewissen Anschauungen der Naturrechtslehre.

Der Wille des Gesetzgebers wird zwar auch von manchen anderen verworfen, z. B. auch von O. Fischer. Der Ausdruck taugt in der Tat nicht viel. Was man so nennt, ist weder ein Wille noch etwas, was dem Gesetzgeber notwendigerweise inneohnt. Es ist nichts anderes, als der anscheinende Gedanke des Verfassers eines Gesetztextes, dem der Gesetzgeber sehr häufig nur die Geltungskraft verliehen hat, nicht aber seinen Inhalt. Kohler geht aber in seinem Widerspruch viel weiter. Er will im Zweifelsfalle überhaupt nicht in die Vergangenheit blicken. Der souveräne Richter soll vielmehr im Notfalle in das volle Menschenleben der Gegenwart hineingreifen und dort, allerdings mit Berücksichtigung der Rechtsgeschichte, das der gegenwärtigen Kulturstufe angemessene Recht finden. Kohler befreit den modernen Juristen also nicht bloß vom buchstäblichen Sinn, sondern überhaupt vom Rückblick auf die Vergangenheit über den Gesetzestext hinaus. Darin weicht seine Entwicklungslehre sehr von derjenigen Iherings ab, aber auch insofern von derjenigen Hegels, als er dessen Entwicklungsrichtung, die zu immer größerer „Freiheit“ hinführen soll, soviel ich sehe, nicht anerkennt. Berolzheimer freilich (S. 18) nimmt das Gegenteil an und glaubt, daß auch Kohlers Lehre für „die Emanzipation der lohnarbeitenden Klassen“ eintrete. Ich meine aber, daß Kohler viel zu sehr Individualist, viel zu sehr Anhänger der Napoleonischen Staatsweisheit und des Kultus des Genies war, um in der Herrschaft der Massen und der Verwischung von Bildungsunterschieden den Fortschritt zu erblicken, an den er allerdings glaubte.

Mit dem vieldeutigen Worte „Freiheit“ hat er überhaupt niemals den früher allgemein beliebten Mißbrauch getrieben. Das Naturrecht im Sinne einer unwandelbaren Rechtsordnung war auch für Kohler eine überwundene Größe, nicht aber das aus der Natur der Sachlage ersichtliche „richtige Recht“, dessen Auffassung bei ihm weit ungebundener erscheint als bei Stammler, der es nur da gelten läßt, wo dem Richter das Urteil nach freiem Ermessen gewährt ist. Das richtige Recht nennt Kohler, offenbar um das Menschliche, Übertierische in ihm zu betonen, auch Vernunftrecht. Daß es mit der Kulturentwicklung wechselt, nimmt er ebenso an wie Stammler. Nur gibt er diesem Kulturrecht eine erhöhte Kraft, weil er sich vom Willen des Gesetzgebers gänzlich freigemacht hat. Aus der Vernunft der Verhältnisse will er das Recht herauslesen, das der augenblicklichen Kulturstufe entspricht und die Zweifel erledigt, die der Gesetzestext hervorruft. Gerade hier zeigt sich eine individualistische Souveränität, die mit Hegels quietistischer Annahme der Vernünftigkeit alles Wirklichen nicht vereinbar ist. Den Glauben an die Unwandelbarkeit des Naturrechts findet Kohler zuerst bei Hugo Grotius; bei den vorangehenden spanischen Juristen sieht er aber die Vertreter der ihm maßgebenden Lehre des wandelbaren Naturrechts, die ihm namentlich für das Völkerrecht von Bedeutung ist. Er findet aber dessen Inhalt nicht aus reiner Willkür, sondern aus einem Gesamtbild der Rechtsgeschichte, das allerdings an Hegels enzyklopädische Darstellung des menschlichen Geisteslebens erinnert, aber an der Aussonderung der Rechtsentwicklung aus der allgemeinen Kulturgeschichte festhält.

Dies führt uns zu dem Universalismus, den man den beiden miteinander verglichenen Männern nachrühmt. Er hat aber bei jedem von ihnen einen anderen Charakter. Hegel war ein weltumspannender Geist, Kohler aber doch wohl nur ein rechtsumspannender Gelehrter, der auf dem Boden einer vielseitigen, wenn auch nicht lückenlosen allgemeinen Bildung stand. Dem kleineren Umfange seines Wissens entsprach aber eine viel gründlichere Behandlung der einzelnen Zweige, die er bearbeitete. Keinesfalls war er ein Hans in allen Gassen und fällt keine Urteile über alles und jedes. Wo ihm besondere Studien fehlten, da zeigt er sogar einen schlichten Autoritätsglauben. So namentlich bei der Beurteilung der strategischen Fragen des Weltkrieges. In den Zweigen aber, die er beherrschte, erweckte die Zuverlässigkeit seines Wissens gerechtes Staunen. Von seinen Staatsprüfungen wurden Wunderdinge erzählt. Die Schnelligkeit der Erinnerung ist im allgemeinen für wohldurchdachte Arbeiten nicht übera!!

nötig. Für den juristischen Praktiker, als den Kohler sich zunächst ausgebildet hatte, ist sie es allerdings. Aber auch dem theoretischen Forscher gibt sie vornehmlich die Eigenschaft, die man als Produktivität bezeichnet und einen starken Fluß selbstständiger Gedanken durch überraschende Ideenassoziationen gewährt. Die Betätigung dieser Eigenschaft war für ihn das höchste Lebensziel. Durch seine ungewöhnlichen Gedächtniskräfte fühlte er sich zu deren unaufhörlichen Verwertung verpflichtet. Diese aber war nur möglich, wenn er den Umfang seines Wissens nirgends in Verfall geraten ließ und möglichst erweiterte. Was nicht unausgesetzt wiederholt wird, scheidet meist aus dem Kreise der Gedankenassoziationen aus. Hierüber war Kohler sich völlig klar, und dies brachte ihn zu einer Lebensweise, die nur mit großer Selbstpeinigung durchführbar war. Die Unmenge der Literatur, die er fortlaufend verschlang und innerlich verarbeitete, genügte ihm nicht, weil sie nicht alle seine Wissensgebiete gleichmäßig berührte. Dazu bedurfte es der Vorlesungen, die Kohler im Dienste seiner Produktivität, unbekümmert um die Schranken seines Lehrauftrages, so ziemlich auf das ganze Rechtsgebiet ausdehnte und grundsätzlich durch eine freie Rede zur Gedächtnisschule ausgestaltete. Daß er durch diese Vielseitigkeit anderen unbequem wurde, hat man ihm oft genug gesagt. Aber der feste Glaube an eine Berufung zu seinem Lebensziel und das Bewußtsein, seine eigene Behaglichkeit unausgesetzt zu opfern, ließ ihn annehmen, daß er auch fremde Bedürfnisse zu opfern berechtigt sei. Beneidenswert war seine eigene Lage in der Tat kaum für andere. Seine Nachtruhe war auf ein lächerlich geringes Maß beschränkt. Lebensfreuden, für die er sehr empfänglich war, verkürzte er auf das geringste Maß. Das gesellige Kind des badischen Weinlandes verwandelte sich in einen unerbittlichen Temperenzler. Erzwungene Spaziergänge wurden ihm zu einer Form rastloser Gedankenarbeit. Auch auf seinen vielen Reisen, in denen er unausgesetzt geistige Anregungen suchte, behielt er seine Gewohnheiten bei, bis er schließlich sie gar nicht mehr aufgeben konnte. Keine Ruh bei Tag und Nacht. Und doch hat wohl kaum ein anderer die Wollust schaffender Freude so empfunden wie er. Der Ausdruck sonniger Seligkeit lag auf seinem Antlitz, und wenn auch dieser ihn zuweilen verließ, so hielt er es für schimpflich, zu klagen. Wenn die Heiterkeit von ihm wich, war er ganz verschlossen. Mir hat er zugestanden, daß er zuweilen an unterdrücktem Groll leide. Weshalb er grollte, verriet er nicht. Ich kann mir seine Bemerkung nur daraus erklären, daß die Anerkennung seiner Leistungen, die keine kleine war, doch nicht



ganz dem Werte seiner Arbeit entsprach. Er war den Mitmenschen durch seinen zwanzigstündigen Arbeitstag oft unverständlich geworden. Den uneigennütigen Grundzug seiner Selbstquälerei hat man oftmals verkannt.

Wenn er bemerkte, daß die Fülle seiner Leistungen als ungreiflich auffiel, so erregte dies in ihm eine kindliche Freude. Sein Amtsgenosse, der Berliner Theologe Seeberg, hat ihn nach seinem Tod mit einem Kinde verglichen. Der Vergleich paßt nicht zu seiner geistigen Bedeutung und nicht zu seiner Selbstpeinigung, er enthält aber einen richtigen Kern. Seine Rechtsphilosophie zeigt die Lebensfreudigkeit eines Kinderherzens. In der Wirklichkeit sah er ein Abbild der göttlichen Weltregierung und glaubte sie zu verstehen. Mich erinnerte diese Zuversicht an den verhängnisvollen Satz: *Eritis sicut Deus, scientes bonum et malum*. Nach dem Ausgang des Weltkrieges mußte ihm zumute sein, als ob die göttliche Sonne erloschen wäre, die ihm seine Arbeitskraft gab. Mit ihr erlosch seine Lebenskraft.

Bei Hegel finden wir eine solche Universalität der Kohlerschen Art nicht. Auf eine lebendige Beherrschung zahlloser Einzelheiten war Hegel nicht eingestellt. Ihm war alles Wirkliche der Ausfluß eines vernünftigen, aber unerforschlichen Geistes. Eine Enttäuschung konnte ihn nicht ernstlich verletzen.

Noch in einem anderen Punkte unterschieden sich beide grundsätzlich, in der Darstellungsgabe. Hierin war Kohler der Größere. Hegel sprach weder zu Jüngeren, die aus praktischen Gründen ihrem Berufe entgegenstrebten, noch zu Richtern oder Anwälten als solchen. Die rein idealen Ziele seines Hörer- und Leserkreises gestatteten ihm, einen sehr vornehmen Ton anzuschlagen. Er ließ die Leute an sich herankommen. Gelang es ihnen nicht, ihn zu verstehen, so war ihm dies gleichgültig. Kohler rühmt zwar in seiner Rechtsphilosophie die Verständlichkeit der Hegelschen Ausdrucksweise und gibt dafür Beispiele. Allein, kopfschüttelnd sehen wir daraus, wie leicht Kohler dunkle Auslassungen zu verstehen vermochte. Er war geradezu phänomenal in der Kunst, dunkle Urkunden zu erfassen und verständlich zu machen. Die bekannte Dante-Übersetzung ist dafür ein Beispiel. Kohler hat einmal seltsamerweise von sich behauptet, daß er etwas Mystisches an sich habe. Davon habe ich nie etwas bemerkt. Sein Glaube, durch außerordentliche Leistungsfähigkeit vor allen anderen bevorzugt zu sein, erschien mir nicht mystisch, sondern war durch sonnenklare Tatsachen begründet. Wohl aber hatte er eine leidenschaftliche Vorliebe für das Mystische. Unvergesslich ist mir, wie er in der ägyptischen Wüste vor der großen



Sphinx in schwärmerischer Verzückung stand. Nichts erfreute ihn mehr, als die Herausgabe und Deutung mittelalterlicher Urkunden. So mußte dann gerade Hegels Dunkelheit ihn auf das höchste anziehen. Kohlers Kunst, Rätsel zu lösen, ging mit einer ungewöhnlichen Darstellungsgabe Hand in Hand, und diese Gabe kräftigte er, indem er Musik, Dichtkunst und Ästhetik selbstschöpferisch pflegte. Die Leichtigkeit, mit der er auf diesen Gebieten höchst eigenartige Erzeugnisse aus dem Ärmel schüttelte, stand, vielleicht ohne daß er dies gerade beabsichtigte, durchweg im Dienst seiner Berufstätigkeit. Jene Leichtigkeit allein ermöglichte die beispiellose Fülle seiner juristischen Produktionen. Für ihn war die Kunst nicht, wie für uns andere, ein Erholungsgebiet, in das er sich aus des Tages Last und Hitze flüchtete. Des Dichters Wort „Morgen zur Kanzlei mit Akten, abends auf den Helikon“ paßte nicht für ihn. Er lebte stets und zugleich auf dem Helikon und in der Gedankenwelt der Gesetzbuchparagraphen und der gerichtlichen Schriftsätze. Einen Beweis dafür gibt sein einzigartiges Werk „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“. Nie und nirgends hat ein anderer so wie er in diesem Werke und in seiner Schrift über die Verbrechergestalten des großen Dichters die Zergliederung eines Kunstwerkes mit den Ergebnissen gründlicher rechtsgeschichtlicher Forschung zu einer Einheit verflochten.

Sein Versuch, Dante populär zu machen, scheiterte an den vielen geschichtlichen Anspielungen, durch die die göttliche Komödie dem italienischen Patrioten teuer, dem deutschen Leser aber gleichgültig wird. Die Dantestudien und die Vorliebe für die italienische Kunst machten aber Kohler zu einem Kenner der mittelalterlichen Entwicklung, der auch auf dem Rechtsgebiete erhebliche Lücken ausfüllte. So hat er vornehmlich darauf hingewiesen, daß das Handelsrecht aus den Wohnsitzen der königlichen Kaufleute Italiens stammt.

Der Pantheismus Hegels, den Berolzheimer bei Kohler wiederfinden will, führt in das Gebiet der Religion hinein, in dem Hegels Philosophie nach einer feinsinnigen brieflichen Bemerkung des Göttinger Rechtsphilosophen Binder weit mehr heimisch ist, als Kants kritische Tätigkeit. Religion und Weltanschauungslehre lassen sich überhaupt schwer trennen. Die Welt ist für jeden Menschen als vollständiger Inbegriff unzähliger Bestandteile unerforschlich. Ihre skizzenhafte Nachbildung beruhte immer nur auf träumerischer Divination. Weltanschauungsbilder sind niemals bewiesen, sondern immer nur vermutungsweise entworfen und später verbessert worden. Das geschah in den Religionsgemeinden ebenso wie außerhalb des Kreises der Geistlichkeit. Die Axiome,

von denen Kohler in der zweiten Auflage der Rechtsphilosophie behauptet, daß sie dem Geschichtsforscher als Voraussetzungen seiner Tätigkeit ebenso unentbehrlich seien, wie dem Mathematiker, beruhen nicht, wie die mathematischen Axiome, auf angeborenen Denkformen, sondern auf Überlieferung. Darum kann man bei jedem, selbst bei einem Voltaire oder Nietzsche, Spuren des religiösen Jugendunterrichts nachweisen. Diese sind aber bei Hegel andere als bei dem streng religiös erzogenen Kohler. Bekanntlich betont die Kirche im Kampf gegen den streng materialistischen Determinismus sehr scharf die Willensfreiheit. Mit ihr geht die praktische Pädagogik und die Strafgerichtsbarkeit in der Mehrzahl ihrer Vertreter Hand in Hand. Diese würden geneigt sein, die Willensfreiheit zu fingieren, wenn sie nicht existierte. Auch in diesem Punkte zeigt sich Kohler als Kind der Praxis. Er geht nicht so, wie es vorsichtige Forscher nach dem Vorbilde Kants tun, der Frage nach der Freiheit des Willens aus dem Wege. Unsere Erfahrungen sprechen freilich ebenso oft für sie, wie gegen sie, so daß wir einem Rätsel gegenüberstehen, das uns berechtigt, beide Möglichkeiten in der Praxis des Lebens zu berücksichtigen, soweit sich dies durchführen läßt. Kohler kümmert sich aber hier nicht um Spinoza, Schopenhauer und Nietzsche. Ihm ist die volle Willensfreiheit eine ausgemachte Sache. Darum klingt durch seine Kritiken und Bewertungen ein Ton der Entrüstung hindurch, den der echte Determinist nicht kennt. Am schärfsten hat er ihn im Weltkriege angeschlagen; dem nüchternen Schwaben Hegel, der alles Wirkliche vernünftig fand, war diese alemannische Leidenschaftlichkeit fremd.

Trotz dieser großen Verschiedenheiten seines Denkens von den Anschauungen Hegels wollte Kohler durchaus als Hegelianer gelten. Es empörte sein Gerechtigkeitsgefühl, daß in Berlin der Kultus des Genies dem früher vergötterten Hegel gegenüber so schnell versagt hatte. Sodann war Hegel, den Spengler mit Unrecht als Vertreter des Preußentums bezeichnet, ebenso wie Kohler, ein Fremdkörper in dem Berliner Geistesleben. Beide liebten Preußen, weil sie ihm dankbar waren, aber wesensfremd blieben sie ihm beide dennoch. Gerade deshalb besaßen sie die eigenartige Anziehungskraft, die der Süddeutsche uns gegenüber ausübt. In der scharfen Ablehnung Kants zeigten beide dieselbe Schwäche. Uns aber gibt Kohlers Hegelverehrung einen Anlaß, in die Eigenart seiner Methode tiefer einzudringen und uns der Wechselwirkung bewußt zu werden, die zwischen der Geschichte der Philosophie und der Entwicklung des Rechts besteht und gar nicht genug beachtet werden kann.

## Anhang:

### Bibliographie der hauptsächlichen Würdigungen Josef Kohlers.

Aus dem Josef-Kohler-Archiv in der Dokumentensammlung Darmstaedter der Preußischen Staatsbibliothek zusammengestellt von Amtsgerichtsrat Dr. Arthur Kohler in Berlin<sup>1)</sup>.

#### I. Ältere Würdigungen.

1. „Prof. Kohlers neueste Schriften“ von Kühlenbeck, Seligsohn, Betzinger, Jur. Lit., Bl. v. 15. 3. 02. 2. „Josef Kohler“ von Theodor Kappstein (mit Bild), Nord und Süd, 112. Bd. 69—82, 1903. 3. „Professor J. Kohler“, Bad. Gewerbe- und Handwerker-Zeitung von 1903, 300—02. 4. „J. Kohler als Rechtsphilosoph“ von Dr. Fritz Berolzheimer, Philosoph. Wochenschr. 1, 5—20, 1906. 5. „Josef Kohler, Bausteine zu einem literarischen Charakterbild“ von Dr. Fritz Berolzheimer, Jur. Lit., Bl. 19, 97—99, 1907. 6. „Josef Kohler und das Patentrecht“ von Dr. Arnold Seligsohn; „Josef Kohlers Einfluß auf die Entwicklung des deutschen Markenrechts“ von Dr. Martin Wassermann; „Kohlers Bedeutung für die Lehre des Urheberrechts“ von Dr. Albert Osterrieth. Gew. Rechtsschutz 14, 53—58, 1909. 7. „Neue Bücher von Josef Kohler. Zugleich ein Präludium zum 60. Geburtstage des Künstler-Gelehrten am 9. 3. 09.“ Von Prof. Stier-Somlo, Jur. Lit., Bl. 21, 29—35, 1909. 8. „Josef Kohler“ von Léon Hennebicq, Journ. des Tribunaux, 28. année v. 7. 3. 09. 9. Prefazione alla traduzione Italiana zu Kohler, Moderni problemi del diritto, von Luigi Ferrara, Bari, Laterya, 1909, S. V bis XIX. 10. „Hundert Jahre Berliner Juristenfakultät“ von Prof. Ernst Heymann in „Die Juristische Fakultät der Universität Berlin“, Berlin, Liebmann 1910, S. 49 f. (ebenda LGP. Dr. Zehnter S. 288). 11. „The New Hegelians“ von Prof. Roscoe Pound, Harvard Law Review, 25, 154—58, 1911. 12. „Josef Kohler“ von Hans Land (mit Bild), Reclams Universum, 27, 49—51, 1911. 13. „Kohlers Philosophie und Rechtslehre“ von J. Castillejo y Duarte, aus dem Spanischen übersetzt von Theodor Sternberg, ARPhilosoph 4, 56—71, 1911.

#### II. Würdigungen zum 70. Geburtstag am 9. März 1919.

1. „Josef Kohler“ von Professor Heymann, D. Jur. Z. 24; S. 246. 2. „Josef Kohler zu seinem 70. Geburtstag“ von Ministerialrat Dr. K. Meyer, D. Richter-Ztg. 11, 78 f., 1919. 3. „Josef Kohler zu seinem 70. Geburtstag“, Gew. Rechtsschutz 24, S. 17, 1919. 4. „Einem 70jährigen zum Grube“ von Prof. Krickmann, Jur. Wochenschr. 48, S. 219, 1919. 5. „Josef Kohler“ von Edwin Katz (mit Bild), Markensch. u. Wettbew. 18, 69 f., 1919. 6. „Josef Kohler und die vergleichende Rechtswissenschaft“ von Leonhard Adam, Z. Vergl. R. 37, 1—31, 1919. 7. „Josef Kohler“ von Prof. Rudolf Leonhard (mit Bild), Reclams Universum, 35, 49—51, 1919.

<sup>1)</sup> Tageszeitungen sind nicht berücksichtigt. Eine reiche Sammlung enthält das Josef-Kohler-Archiv. Hervorgehoben sei nur „Josef Kohler als vergleichender Rechtsforscher. Ein Gedenkblatt“ von Dr. Leonhard Adam im „Roten Tag“ v. 12. 11. 1919.

### III. Nachrufe.

**1. Selbständige Schriften.** a) „Josef Kohler zum Gedächtnis.“ Reden der Universitätsprofessoren Heymann, Seeberg, Klee, M. Schmidt (mit Bild), Berlin, v. Decker, 1920, 47 S. (Rede von Klee auch in Goldt. Arch., 68, 196—206.) b) „Josef Kohler, ein Lebensbild“ von Prof. Albert Osterrieth. Herausgegeben vom Deutschen Verein für den Schutz des gewerblichen Eigentums. Berlin, Heymann, 1920, 32 S.<sup>2)</sup>.

**2. Deutsche juristische Zeitschriften.** Arch. Bürg.-R. 43, IX.; Arch. R.-Philos. 13, 3—5 („Josef Kohlers Vermächtnis“ von Berolzheimer, auch Frankfurter Ztg. Nr. 608 vom 18. 8. 19); Blatt f. Patentw. 25, S. 61; D. Jur. Ztg. 24, 733—35; D. Strafr.-Ztg. 1919, Heft 7/8; Ger. S. 87, 417 f. (Finger); Gew. R.-Schutz 24, 181 f.; Goldt. Arch. s. oben 1 a); Jur. Wochenschr. 49, 3; Markensch. u. Wettbew., Sept. 1919 (Wassermann); Rhein. Zeitschr. 10, 123—133 (Rabel); Z. Hand. R., 82, 499 f. (Seligsohn); Z. Vergl. R. 38, 1—30 (Adam); Z. Völkerr. 11, 1—15 (Fleischmann); Z. Ziv.-Proz. 48, 309—18 (Krückmann).

**3. Ausländische juristische Zeitschriften.** Österr. Z. f. Strafr. 8, 417 f. (Löffler); Österr. Zentralbl. f. jur. Prax. 27, 481—84 (Klein). Droit d'auteur 32, 132. Rechtsgeleerd Magazijn 1919, 580 f. Hogaku Kyokai Zashi 38, 1—32 (Makino).

**4. Nichtjuristische Zeitschriften.** a) „Josef Kohler. Striche zum Bilde einer Persönlichkeit“ von Theodor Kappstein. Deutsche Revue, 45, 182—87. b) „Josef Kohler †“ von Dr. Otto Hipp, Hochland, 17. Jhg., 1. Bd., 232—35. c) „Josef Kohler †“, Lese, Nr. 33, 1919. d) „Epoche des Scheins. Zum Tode Josef Kohlers“, von Dr. Adolf Grabowsky, Das neue Deutschland, 7, 427—30. e) „Josef Kohler“, Neuzeit v. 9. 8. 18. f) „Josef Kohler. Ein Erinnerungsblatt.“ Von Dr. Karl Strupp. Nord u. Süd, August 1919. g) „Josef Kohler, gest. am 3. August 1919“ (mit Bild). Oberlausitzer Heimatblätter, Nr. 40, S. 160, 1919. h) „Josef Kohler“ von Prof. Ernst Rosenfeld, Shakespeare-Jahrb., 56, 112—14 (vgl. ebenda 132—36). i) „Josef Kohler“ von Dr. Ernst Eckstein (mit Bild), Westermanns Monatshefte, Bd. 128, II, 647—50. k) Aufsätze von Dr. M. W. Rapaport in Dr. Blochs Wochenschr. 36, 585 f., Freie jüdische Lehrerstimme, 8, 83—85, Israelit. Wochenbl. f. d. Schweiz, 29. 8. 19, K.-C.-Blätter 9, 155—57, Volk u. Land 1, 1231—34.

<sup>2)</sup> Vgl. die Besprechungen beider Schriften von Klein in diesem Archiv, Bd. 14, S. 89 f.



# Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. — Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919.

Von  
Professor Dr. Ernst Belling, München. (I.)

## I. Methodische Grundsätze.

### 1. Das „volitive Denken“ und seine Unterordnung unter das logische Gesetz.

Alle Gesetzgebung ist praktischer Natur. Sie wiegt sich nicht im Äther der Theorie, um Wahrheiten zu entdecken. Sie ist Willenswerk, Tat, Wirken und Schaffen. Wenn dem so ist: was hat sie mit der Logik zu schaffen? Sie fordert wirklichkeits-erfahrene Persönlichkeiten mit einem auf das praktisch richtige Ziel gerichteten tatkräftigen Willen. Logisches Denken und Handeln ist zweierlei. Scharfsinnige Theoretiker können sehr schlechte Gesetzgeber sein. Der logische Verstand löst keine praktischen Aufgaben, baut keine Häuser und gewinnt keine Schlachten. Also: was soll dem Gesetzgeber die Logik?

Die so oder ähnlich sprechen und fragen, haben natürlich nicht im Sinne, die Notwendigkeit logischen Denkens bei der Gesetzgebung in Bausch und Bogen zu bestreiten. Der Gesetzgeber bedarf ja der Kenntnis der Lebenswirklichkeit; ohne zu wissen, wie sie ist, könnte er nicht bestimmen wollen, wie sie sein soll, und nicht ermessen, ob sie so werden kann, wie es seinem „Soll“ entspricht; und an der Gewinnung der Erfahrungsurteile, wie sie hier-nach benötigt sind, hat auch das Apriorische und mit ihm das Logische seinen Anteil.

Aber wo es sich nicht mehr um die Einsichtnahme in das Seinsmaterial, um die Erfassung des der Lebenswirklichkeit angehörenden Gegenstandes der Regelung und der kausalgesetzlichen Gegebenheiten, sondern um den eigentlichen Regelungsakt selber handelt, da befinden wir uns nach einer heute weitverbreiteten Vorstellung lediglich im Reiche des „Wollens“ und nicht mehr in dem des „Denkens“, so daß die Logik in keiner Weise mehr mit-spricht. Diese Vorstellung bedarf der Berichtigung. So richtig es ist, daß das „Wollen“ kein „Erkennen“ ist, und daß es auch nicht Ergebnis „erkennenden Denkens“ ist, so wenig zugänglich ist es, alles Denken als e r k e n n e n d e s Denken zu erfassen. Es gibt ein Denken nicht bloß beim Erkennen, sondern auch bei den emo-

tionalen Vorgängen in der Seele: beim Fühlen und beim Wollen. Und dieses „emotionale“, „nichtkognitive“ Denken, von denen hier das „volitive“ Denken interessiert, ist, um werthhaft zu sein, auszurichten an der Logik — nur nicht an der „kognitiven Logik“, sondern an der emotionalen, beim Willensdenkakt also an der „volitiven Logik“, der Zwecklogik, der Teleo-Logik. Es handelt sich dabei in keiner Weise um eine Entthronung des Wollens durch das „Denken“. Die volitive Logik ist gewiß nicht willenskonstitutiv; auch in Beziehung auf sie bleibt es richtig, daß man von der Logik her keine praktischen Aufgaben lösen, kein Haus bauen, keine Schlacht gewinnen und kein Gesetz schaffen kann. Aber: ohne sie kann man das gleichfalls nicht.

Die schulmäßige Logik hat freilich bis vor kurzem das emotionale Denken und die ihm eigene Logik beharrlich vernachlässigt; sie richtete ihr Hauptaugenmerk auf die Lehre vom Erkenntnisurteil und den dazu gehörigen Begriffen und Schlüssen. Aber an der Bereicherung, die das philosophische Schrifttum durch Heinrich Maier's „Psychologie des emotionalen Denkens“ 1908 erfahren hat, darf der Jurist am allerwenigsten vorbeigehen. Nicht nur, weil sich der Verfasser mit der Lehre vom Rechtssatz (hypothetisches Urteil? Norm? Imperativ?) umfassend und in Fühlung mit dem juristisch-rechtsphilosophischen Schrifttum auseinandersetzt<sup>1)</sup>, sondern schon wegen der klar einleuchtenden philosophischen Grundlegung für das Verständnis der (positiven) Rechtsordnung. In unserem Zusammenhange interessiert vornehmlich Maier's Aufweis, wie auch in den „emotionalen Objektivierungsakten“, insonderheit beim Wollen, beim Werten und Wertbeurteilen der ganze kategoriale Apparat spielt: neben dem vergleichenden, gleichsetzenden und unterscheidenden das zusammenfassende und sondernde Denken mit den Kategorien der Einheit und Vielheit des Ganzen und seiner Teile, volitive Bejahung und Verneinung usw., der Aufweis ferner, wie es emotionale Begriffe und Schlüsse gibt.

Die der Psychologie des volitiven Denkens zugeordnete logische Richtschnur, die die apriorische Dignität der empirischen Willensdenkakte bestimmt, der kognitiven Logik parallel laufend und doch, weil einem andern Ziel dienend, mit ihr nicht identisch, ist es nun, die wir brauchen, wenn ein Gesetzgebungswerk oder der Entwurf dazu auf seinen Denkgehalt hin beurteilt werden soll<sup>2)</sup>. Hier gilt es, sich folgende Grunderwägungen klar vor

<sup>1)</sup> Diesen Erörterungen kann ich mich nicht durchweg anschließen.

<sup>2)</sup> Auf die volitive Logik spielt Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 63, 67, an („Logik der Zweckbetrachtung“ als „einheitlich

Augen zu stellen: Einmal, daß die Logik nicht berufen ist, die Richtung, die der Wille nimmt, oder die er zu nehmen hat, zu regeln, ihm das (oder ein bestimmthaltliches) „Wollen-Sollen“ vorzuschreiben. Der Willensakt selber ist alogisch<sup>3)</sup>, nur der sich mit ihm verbindende Denkprozeß wird von der — volitiven — Logik beherrscht. Diese stellt dem Willenssubjekt Probleme, zu denen er Stellung nehmen muß, ohne ihm in dem Sinne, wie er inhaltlich seinen Willensakt gestalten will, Zwang anzutun.

Sodann: die logische Denkordnung ist kein Komplex von Regeln psychologischen Geschehens. Wie die kognitive Logik nicht darüber Auskunft gibt, wie das erkennende Denken abläuft — sondern darüber, wie gedacht werden soll, wenn Erkenntnis erzielt werden soll — so hat die volitive Logik nichts damit zu tun, wie das Denken beim Wollen beschaffen ist, sondern sie zeigt, wie beim Wollen gedacht werden soll. Es handelt sich um das, was der „kategorische Imperativ für den Verstand“ gebietet, um mit Otto Liebmann zu sprechen, um Sätze transpsychologisch-

bedingende Grundlage des Wollens“). Indessen richtet sich sein Absehen nicht sowohl auf das Logische bei einem als gegeben vorausgesetzten Willensinhalt, als vielmehr auf logische Erzielung der Zweckrichtung selber. (Vgl. Anm. 3.)

<sup>3)</sup> Die Gewinnung „richtiger“ Willensinhalte auf dem Wege transzendentallogischer Selbstbesinnung ist möglich, wenn man an „bedingt“ richtige Willensinhalte denkt; wenn man ein bestimmtes Wollen als gegeben voraussetzt und ein anderes Wollen als das unter dieser Voraussetzung richtige in dem Sinne erhärtet, daß es logisch unausweichlich mit jenem ersten Wollen verknüpft ist. Der Panlogismus, der mit den Mitteln der Logik allein „unbedingt“ richtige Willensinhalte festlegen möchte, bedeutet dagegen m. E. ein Programm, aber keine Lösung. Auf einem anderen Blatte steht die logische Durchdringung des Nachsinnens über unbedingt richtige Willensinhalte: die Methode zur Findung solcher. In diesem Sinne richtet bekanntlich Stammler sein Absehen auf transzendentalkritizistische Klarlegung einer allgemeingültigen formalen Methode zur Bestimmung des „richtigen Rechts“. (Freilich kommt Stammler schließlich doch hinaus auf panlogistische Aufrichtung des sachlichen Rechtsideals selber — des sozialen Ideals, der Gemeinschaft frei wollender Menschen. Dieses Ideal oder ein anderes kann aber aus nur methodologischen Erwägungen überhaupt nicht hervorgehen. Daß eine Gemeinschaft frei wollender Menschen gewollt werden soll, ist eine translogische These. Methodologisch läßt sich nur aussagen, daß, wenn eine solche Gemeinschaft wollenswert ist, die und die Gedankenzusammenhänge notwendig einsetzen oder umgekehrt, wenn gewisse translogische Ausgangspunkte gewählt werden, ein logischer Weg von diesen aus zur Bejahung der Dignität der Gemeinschaft frei wollender Menschen führt.)

Indessen, sei dem, wie ihm wolle: Die nachfolgenden Erörterungen sind von der Frage, ob das Wollen selber logisiert werden kann, unabhängig. Wer die Willensrichtigkeit unmittelbar als absolute logische Denkrichtigkeit faßt, geht in der logischen Bemeisterung der Willensdenkakte nur noch viel weiter, als es im Folgenden geschieht.



apriorischen, nicht empirischen Ursprungs, allgemein gültig und notwendig das logische Gewissen anrufend

Dasjenige nun, was der *Λόγος* dem Willenssubjekt gebietend zuruft, ist

1. allgemein: daß das gesamte Begriffsarsenal und das gesamte Schlußfolgern auf das Willensziel eingestellt, daß das gesamte Denken und mit ihm die Begriffsbildung in dem Sinne zielgerecht zweckbeherrscht sei, daß der als gegeben vorausgesetzte wertende Standpunkt alle Glieder des Denkprozesses gegenständlich durchdringt. So frei der Entschluß auch ist, und so vielfältig seine Subjekte, so vielgestaltig auch die ihm zugrunde liegenden Wertungen sind, immer fordert sein sachlicher Inhalt einen ihm als der regierenden Vorstellung logisch angepaßten Denkbau heraus. Wohl ist die sachliche willensmäßige Bestimmung das logische prius — „im Anfang war die Tat“ —, aber mit ihr ist das denkmäßig Notwendige gegeben: „das Erste steht uns frei, beim Zweiten sind wir Knechte.“ Was immer an Begriffen bei dem Willensdenkakt auftritt: sie alle müssen sich durch irgend eine Beziehung zu dem Willensziel legitimieren, sowie alle Syllogismen unmittelbar oder mittelbar diesem zustreben müssen. Drängen sich andere Elemente in den Denkakt ein, so verfälschen sie ihn; der Wollende landet dann, er weiß nicht wo, oder wo anders, als er wollte.

2. Im Einzelnen erheischt die Willenslogik

- a) eine diskursiv denkende Erfassung jedes einzelnen Willensziels, also jeder Wertung, an sich. Dem Gewollten muß ein Vorstellungsinhalt entsprechen, widrigenfalls es leer ist: auch beim Wollen gilt, daß, wo Begriffe fehlen, ein Wort zur rechten Zeit sich einstellt, und dieses bloße „Wort“ ein Nichts ist. Mag der Inhalt des Wollens sein, welcher er wolle, mag er insbesondere einem Konkret-Individuellen oder einem Abstrakt-Allgemeinen gelten, immer muß er in einer bestimmt klaren, nicht durch Nebelschwaden getrübbten Vorstellung, eben in einem geschlossenen (Individual- oder Allgemein-) Begriff, geformt sein, widrigenfalls er in seiner Verschwommenheit als formlose Masse „unbegreiflich“ bleibt.
- b) Wo mehrere Wertungen auf ein identisches Willenssubjekt bezogen werden sollen, müssen sie in logisch-einheitlichem Plan exakt denknotwendig zusammenhängen und zusammenstimmen, auf daß sich ein einheitlicher Sinnzusammenhang ergibt, und nicht der Wind durch die Sparren pfeift. Wie bei der kognitiven

Logik herrschen auch bei der Willenslogik für den denkenden Menschen der Satz der Identität, der Satz vom Widerspruch und der Satz vom ausgeschlossenen Dritten. Ohne diese Fundamentalsätze kommt ein einheitliches Willenssystem nicht zustande. Wenn ich wertbejahend *a* will, so will ich es eben und kann nicht zugleich seinen Wert verneinen und es nicht wollen. Wenn *a* und *b* kontradiktorische Gegensätze sind, so kann ich nicht *a* und zugleich *b* wollen: bei gleichzeitiger Richtung des Willens auf *a* und *b* wäre jedenfalls eins von beiden sinnlos gewollt. Und wenn eine Entscheidung zu treffen ist, und dabei *a* und *b* die einzigen möglichen Willensinhalte sind, so habe ich keine andere Wahl als eben zwischen *a* und *b*: eins von beiden muß der Wille erfassen.

Weit entfernt davon, ein Wollen des oder des Inhalts absolut vorzuschreiben, nötigt die Logik nur relativ bei einem vorausgesetzten Willensinhalt zu dessen Selbsterfassung und verwirft sie nur Inhalte, die sich mit ihm nicht reimen.

- c) Alle Volitivbegriffe müssen — wie die Erkenntnisbegriffe — in ihrem logischen Verhältnis (Über- und Unterordnung, Nebenordnung, Ineinanderliegen, Übergreifen) klar heraustreten.
- d) Vor allem wird auch 'das Wollen vom Syllogismus regiert. Seine Prämissen sind hier freilich nicht „Erkenntnisgrund“ für das daraus Abgeleitete. Aber sie haben analoge Volitivfunktion entsprechend der Kategorie des „Mittels“ für den „Zweck“ oder umgekehrt. Auch im Werten gibt es ein schlußfolgerndes Auf- und Absteigen der Gedanken, gibt es Gedankenbrücken, gibt es „Konsequenz“. Ist einmal eine Wertung abschließend vorgenommen, so sind damit bestimmte andere Wertungen als absolut unvereinbar ausgeschlossen und möglicherweise bestimmte andere Wertungen ohne weiteres denknotwendig mitgesetzt als ein mitgebotenes Wollen. Alle Einzelregelungen umschließt axiomatisch ein System. Damit sind Ausnahmebestimmungen nicht ausgeschlossen. Es steht dem Willenssubjekt frei, das unter das allgemeine *A* fallende besondere *a* abweichend von der Bewertung zu bewerten, die jenem zuteil wird, sofern ihn praktische Motive dabei leiten. Dann ist die logische Konsequenz gewahrt. Was aber schlechterdings nicht angeht, das sind syllogistisch unstimmmige Regelungen ohne Hervortreten des Ausnahmecharakters der einen. Kaum der Hervorhebung bedarf, daß die Behauptung einer logischen Konsequenz auf ein notwendig Mitzuwollendes nicht auf die Behauptung eines

„unbewußten Wollens“ hinausführt. Wenn Binding lehrt, daß jeder Handelnde die notwendigen Folgen seines Tuns, auch soweit sie ihm verschleiert waren, „unbewußt gewollt“ habe, so ist dieser Satz ebenso psychologisch gemeint, wie er psychologisch falsch ist. Es wird damit behauptet, daß empirisch-kausalgesetzliche reale Ereignisse, obwohl jenseits der Vorstellung des Handelnden liegend, von dem empirischen Handelnden empirisch mitgewollt seien. Um Derartiges handelt es sich für uns nicht. Es handelt sich nur um die logisch notwendige Verbindung gedanklicher Positionen und nur als notwendig für die transpsychologische Dignität des Wollens. In diesem Zusammenhang hat ein „unbewußtes“ Wollen überhaupt keinen Sinn. Das transzendente Willenssubjekt ist in seiner Idealität nicht mit den Gebrechen des empirischen behaftet. Wirklich wollen und Nichtumhinkönnen zu wollen ist Zweierlei.

Es versteht sich, daß ein nach diesen logischen Forderungen ausgerichtetes Wollen nicht schon deshalb, weil es logisch in Ordnung ist, dem Wollensideal genügt. Methode allein macht nicht selig. Wie im Bereiche des Erkennens des Seienden die Logik nicht imstande ist, die Wahrnehmung („Anschauung“) zu ersetzen und überflüssig zu machen, der rationalistische Dogmatismus vielmehr dem dem empirischen Faktor sein Teil lassenden Kritizismus weichen muß, so kann im Bereiche des Bestimmens von Seinsollendem die logische Ordnung des Willensdenkaktes dessen sachliche Güte nicht verbürgen. Ein methodisch noch so stilgerechtes Willenswerk kann einem Gefäß gleichen, das hohl ist oder ungenießbaren Inhalt umschließt („Ist es gleich Wahnsinn, hat es doch Methode“).

Aber auf der anderen Seite tut auch der „gute“ Wille, der das wirklich Werthafte ergreifende Wille, allein es nicht. Mit der sachlichen Werthaftigkeit des Willensziels muß sich die logische Exaktheit der Denkform, das Logische als Rückgrat des Wollens verbinden (Hermann Cohen: „Ohne Logik keine Ethik“): der volle Wert, die volle Sinnhaftigkeit alles Wollens und Handelns ist in dieser Weise doppelt bedingt. Der „gedankenlose“, d. i. der logisch nicht verankerte Willensakt läßt schon in dem Wollenden selbst kein begründetes Zwangsgefühl aufkommen, geschweige denn daß er bei anderen ein solches auslöste. Wollen ohne Denken ist ebenso „blind“, wie für das Erkennen Anschauung ohne Begriffe blind ist. Soll ein Wollen „verstanden“, „begriffen“ werden, so kann es das nur, soweit es ein denkendes Wollen ist. Soweit den Willen nach Inhalt und Tragweite kein logisches Denken be-

gleitet, bleiben sie unverständlich. Der sich nicht in die Denkordnung eingliedernde Willensakt ist launenhaft, willkürlich, oberflächlich, charakterlos, instinktiv, zufällig, ein Geschöpf eines haltlosen Subjektivismus und reinsten Ipsedixitismus: das Willenssubjekt ist unfähig, Rede und Antwort zu stehen. „Du weißt ja selbst nicht, was du willst“ — so wird man ihm sagen —, wie sollen andere dir folgen können?

In diesem Sinne ist die Logik für alles Wollen, wenn auch ohne konstitutive, so doch von regulativer Bedeutung. Sie ist wie für das Erkennen so auch für das Wollen „die hohe Polizei“. In den materiellen Gehalt der Entschlüsse nicht eingreifend, diesen vielmehr dienstbar, wie immer sie beschaffen seien, sichert sie diesem doch eine geistige Wirkung, die sonst ausbleiben würde.

## 2. Das gesetzgeberische Denken unter dem logischen Gesetz.

I. Nach dem Vorausgeführten wird es nicht zweifelhaft sein, daß und in welchem Sinne auch die Gesetzgebung unter methodischer Kontrolle steht. Kein empirischer Wille kann sich der logischen Beurteilung auf das mit ihm einhergehende Denkgefüge hin unterziehen, es sei der Wille eines Einzelnen oder der aus Übereinstimmung, aus Überstimmung oder aus Kompromiß hervorgehende Willensakt einer Mehrheit von einzelnen. Die gesetzgeberische Regelung vollends, bestimmt dazu: tiefer als jede andere in das menschliche Leben einzugreifen, setzt sich selbst mehr oder weniger matt, soweit sie logisch mangelhaft ist. Mag bei reinen „Tathandlungen“, zu denen ein Einzelner sich entschließt, die logische Kritik eine rein theoretische sein, und mag man dabei dem Willenssubjekt die Verantwortung dafür überlassen, ob er sich als „logischer Kopf“ bewährt oder unmethodisch verfährt, so bedeutet bei „Äußerungen“, bei Kundgebungen eines Willenssinngefüges, die Andere denkend erfassen sollen, der methodische Mangel zugleich einen praktischen Mangel. Hier soll ja der Willensakt Gegenstand des Erkennens sein. Ein Erkennen gibt es aber nur in den Formen der kognitiven Logik; und je weniger der Wollende logisch gedacht hat, um so weniger wird der ihm Nach-Denkende zur Erkenntnis des Willenssinns gelangen. Verstehbar ist der Willensakt nur als Willensdenkakt<sup>4)</sup>. Und so

<sup>4)</sup> Man darf deshalb nicht mit Wach, Vergl. Darst. des deutsch. u. ausl. StrR., Allg. T. 5 1 sagen: „Das Gesetzbuch wendet sich nicht an unseren Verstand, sondern an den Willen.“ Zwar verzeichnet Adolf Merkel das Bild der Rechtsordnung, wenn er vom „Recht als Lehre“ spricht, wie wenn die Kenntnisbereicherung einer der Zwecke der Rechtsordnung wäre. Aber den Verstand aus dem geistigen Verkehr



sind bei der Gesetzgebung Rechtsbefolgung wie Rechtsanwendung in dem Maße in Frage gestellt, in dem das Gesetz den methodischen Anforderungen nicht entspricht.

Zwei Aufgaben sind es, die man gewöhnlich dem Gesetzgeber zuweist: er solle Rechtssätze schaffen, die einmal „richtiges Recht“ darstellen, deren stofflicher Gehalt dem Rechtsideal gemäß ist; und die des weiteren redaktionell-technisch sorgfältig herausgearbeitet sind<sup>5)</sup>. In Wahrheit sind es deren drei: Zwischen jenen beiden eingekeilt ist die eigentliche methodologische Aufgabe zu kurz gekommen.

Anzuheben hat die gesetzgeberische Überlegung natürlich mit der sachlichen Wertung der Lebensgegebenheiten, mit der bejahenden oder verneinenden volitiven Stellungnahme. Auch hier, bei der Findung des richtigen Rechtsinhalts, setzt eine methodische Prüfung ein: welches ist das Denkverfahren, das uns allgemeingültig die Beruhigung gewährt, das sachlich Richtige getroffen zu haben? Hier entbrennt der rechtsphilosophische Streit über Empirismus oder Apriorismus, Rationalismus oder Irrationalismus, Absolutismus oder Relativismus usw.

Aber das ist nicht die „Methodik der Gesetzgebung“ in dem hier interessierenden Sinne. Jene Methodik der Findung des richtigen Rechts führt uns dazu, einen bestimmten Willensstandpunkt einzunehmen. Psychologisch lassen solche Überlegungen den Willensakt als solchen zustande kommen. Aber nicht als Willensdenkakt. Soll er ein solcher sein, so muß das Denken nicht bloß darauf gerichtet gewesen sein: von welchen Voraussetzungen aus gelange ich zu sachlich idealer Wertung der Lebensgegebenheiten, sondern auch auf die logische Formung dieser Wertung im Sinn der volitiven Logik. Die Methodik der Gesetzgebung, die hier gemeint ist, setzt die sachliche Wertung

zwischen einem Anordnenden und denen, die sich an die Anordnung halten sollen, auszuschalten, geht nicht an. Wer sich an den Willen eines anderen wendet, wendet sich zugleich an den Verstand. Eine unverständene Anordnung kann keinen, eine falsch verstandene keinen der Anordnung entsprechenden Willensakt auslösen. Umgekehrt darf man auch nicht das Wort von Böckh: Die Philologie ist das Erkennen des schon einmal Erkannten — auf die Rechtswissenschaft übertragen. Wenn Stammler Lehre vom richtigen Recht, S. 4, dies vorschlägt, so gibt er kurz darauf doch die andere Formel: Die Rechtswissenschaft ziele ab auf Wiedergabe eines Willensaktes; und gerade in seinem Sinne ist die „technische Rechtslehre“ auf Erkennen eines Gewollten gerichtet.

<sup>5)</sup> Statt aller anderen vgl. Zitelmann, Kunst der Gesetzgebung, 5: „Überschaut man die ganze Gesetzgebungsarbeit, so findet man rasch, daß sich zweierlei unterscheiden läßt: die inhaltliche und die technische Seite der Gesetzgebung.“



als gefunden voraus und sorgt nur für deren formelle Herausarbeitung, ihre gedankliche Verarbeitung, Ausprägung und Ordnung. Sie ist deshalb durchaus einheitlich in ihren Anforderungen, vereinbar mit den verschiedensten und einander entgegengesetzten sachlichen Regelungen<sup>6)</sup>, nur daß natürlich ihre Anwendung auf die verschiedenen Regelungsinhalte spezifische Einblicke eröffnet.

Auf der anderen Seite ist diese unsere Gesetzgebungsmethodik keineswegs identisch mit der Gesetzesredaktion oder -technik. Diese betrifft den dem Willensdenkakt zu verleihenden sprachlichen Ausdruck. Sprachlich ausgedrückt werden kann aber ein Willensdenkakt erst, wenn sein Denkgehalt feststeht. Die Sprache wurzelt im Denken und hat mit ihm Anteil an der Logik. Die Gesetzesredaktion verhält sich zu der Gesetzgebungslogik ähnlich, wie diese zur Bestimmung des richtigen Rechts: wie das „Gedankliche“ beim Willensakt dessen materiellem Gehalt gegenüber nur „formal“ ist, so ist der Wissensdenkakt als Ganzes wiederum im Verhältnis zu seiner Umsetzung in Worte „materiell“, und das Sprachliche bloße Förmgebung. Es ist deshalb kein vollkommenes Verfahren, wenn gesetzgebungslogische Erörterungen ungeschieden mit der Beantwortung der redaktionelltechnischen Probleme verbunden werden, wie dies öfter geschieht<sup>7)</sup>. Zu ihrem vollen Recht gelangt die Gesetzgebungsmethodik erst, wenn sie in voller Selbständigkeit einerseits gegenüber der Frage nach dem richtigen Recht und andererseits gegenüber

<sup>6)</sup> Das Entsprechende betont Zitelmann a. a. O. 14 für die Gesetzgebungstechnik. Aber auch für die aus der letzten herauszuschälende Methodik gilt nichts anderes.

<sup>7)</sup> So bei Wach, Abschnitt „Legislative Technik“ in der Vergl. Darst. des deutsch. u. ausl. StrR., Allg. T. 5 1 ff. — Vgl. auch Gutherz, Studien zur Gesetzestchnik 1 4, 110; Zitelmann a. a. O., z. B. 16, 19, 31. Übrigens greifen die Erörterungen über Gesetzgebungstechnik regelmäßig sogar in Gebiete über, die nicht nur nicht im Rahmen des Redaktionellen, sondern nicht einmal im Rahmen des Methodischen liegen, sondern die Sache selbst angehen. Dies gilt namentlich für das Problem der „kasuistischen“ oder aber „prinzipiellen“ Regelung. Ob diese oder jene getroffen werden soll, ist willensmäßige Entscheidung. Sie wird natürlich, wie jede gesetzgeberische sachliche Stellungnahme, von der Zweck-Mittels-Vorstellung beherrscht, d. h. speziell es wird bei ihr erwogen, wie eine entsprechend im Gesetz ausgedrückte Regelung wirken wird. Daß sie darum aber eine sachliche Regelung bedeutet, zeigt sich darin, daß dabei das Methodisch-Gedankliche und erst recht die Ausdrucksfrage gar keine selbständigen Fragen in sich schließen: ist kasuistische Regelung beschlossen, so ist für sie gerade so der erfahrungsgemäß adäquate Ausdruck das Suchobjekt, wie umgekehrt, wenn prinzipielle Regelung beschlossen ist.

der redaktionellen Frage behandelt wird. „Rem tene, verba sequentur!“

Dabei soll nicht verkannt werden, daß das Denken schon bei dem einsam für sich Nachdenkenden ein „inneres Selbstgespräch“, ein „in Worten Denken“, ist, und erst recht die Denkverständigung unter Mehreren nicht anders als in Worten ausgedrückt vor sich gehen kann, daß deshalb es auf den ersten Blick geboten erscheinen kann, das Denk- und das Ausdrucksproblem ungesondert als eins zu behandeln. Die Sprache ist derart ein Korrelat des Denkens, daß das Gedachte erst in sprachlicher Fassung seinen Abschluß, seine Endgültigkeit als Denkprodukt erreicht. Daher begegnet es dem, der, seine Denkaufgabe als beendet ansehend, an die Redaktion herantritt, nicht selten, daß er sich auf jene zurückgeworfen sieht: daß er inne wird, wie er in Wahrheit noch nicht völlig im Reinen war. Jherings Wort vom „sich klar Schreiben“ gibt eine unanfechtbare Erfahrung wieder.

Das alles soll gewiß nicht verkannt werden. Aber das psychologisch ineinander Verschlungene kann und muß methodologisch dennoch getrennt werden. Daß es sich um zwei selbständige Probleme handelt, erhellt schon daraus, daß die Sprache außerstande ist, die Funktion des Denkens zu übernehmen: sie versagt sich, unvollkommen wie sie nun einmal ist, mitunter den denkmäßig klaren Vorstellungsbildern, und sie stellt sich andererseits auch einem Vorstellungsinhalt, dem denkmäßiger Sinn abgeht, zur Verfügung. Es erhellt weiter daraus, daß wir jedes der Probleme isolieren können. Wir gehen etwa von einer bestimmten sprachlichen Wendung als gegeben aus und fragen: „was denke ich mir dabei?“, behandeln also bloß das Denkproblem als aufgegeben. Oder umgekehrt: wir nehmen einen Gedankeninhalt als gegeben und fragen nach der besten sprachlichen Fassung, behandeln also nur das Redaktionsproblem als aufgegeben.

Wären Gedankenausdruck und Denken eins und voneinander nicht lösbar, so müßten ja auch Sprachwissenschaft und Philosophie in eins zusammenfließen<sup>8)</sup>. Damit enthüllt sich der tiefste Grund des Unterschieds: Die Gesetzgebungstechnik ist eine

<sup>8)</sup> „Im 18. Jahrhundert sagte man, alle Streitigkeiten in der Philosophie seien mehr oder weniger Wortstreitigkeiten. Das sind sie nicht. Sie sind ein Streit um Begriffe, um Unklarheiten, Unbestimmtheiten, Ungenauigkeiten derselben, aus denen verhängnisvolle Zweideutigkeiten für den Sprachgebrauch der Kultur sich ergeben.“ Hermann Cohen in: „Die Geisteswissenschaften“, Jahrg. 1, S. 4.

empiristische Wissenschaft<sup>9)</sup>, die Methodik arbeitet apriorisch.

Praktisch notwendig ist die gedankliche Zerlegung des psychologischen Prozesses schon deshalb, weil ein Nachsinnen über die Formgebung zwecklos und überflüssig ist, solange nicht die Sinnhaftigkeit des Auszudrückenden gewährleistet ist. Wozu nach dem adäquaten Ausdruck für doch nun einmal Unverständliches suchen?

Und praktisch möglich ist die Zerlegung auch äußerlich deshalb, weil die Ausdrucksweise erfahrungsgemäß zwei Stufen aufweist: eine erste vorläufige, die im großen und ganzen hinreicht, um zu einer Verständigung mit sich und anderen über ein Gedachtes zu gelangen, und eine höhere, bei der — durch „Feilen“ oder, wie die bildliche Kennzeichnung dieses Verfahrens sonst lautet — der Ausdruck tunlichst vergenauert und gegen ungefüge, ungeschickte Sprachgebilde, gegen Sprachgebrauchsvarianten u. dgl., sichergestellt wird. Auf der ersten Stufe genügt es im wesentlichen, die Begriffe mit ihrem sprachlichen Gewand bekleidet zu handhaben, während die zweite mit Satzbildung arbeitet. Auch tun sich, wenn man in das Gebiet der Ausdruckstechnik hinabsteigt, neue Forderungen auf; namentlich, daß der zu förmelnde Satz den auszudrückenden Gedanken möglich knapp, und daß er ihn durch eine einzige sprachliche Wendung wiedergebe, während bei der Herausarbeitung des Gedanklichen an sich gewöhnlich eine behäbigere Breite und ein Wechsel im Ausdruck unschädlich oder sogar angezeigt ist. Endlich erheischt auch die endgültige Förmelung eine Rücksichtnahme auf die Gemeinsprache, während die vorausgehende gedankliche Klärung auch in der „esoterischen“ Juristensprache mit lateinischen termini technici usw., vor sich gehen kann und zweckmäßig vor sich geht. Ob und inwieweit sich bei der satzmäßigen Förmelung die Notwendigkeit ergibt, das auszudrückende Denken selbst noch zu klären, bleibt auf der ersten Arbeitsstufe vorbehalten. Das hindert aber nicht, sich zunächst auf diese zu beschränken.

In diesem Sinne darf und muß auch Gesetzgebung und Gesetzgebungskritik zunächst das Redaktionell-Technische beiseite stellen, um vorerst die logische Sinnhaftigkeit der ins Auge gefaßten Regelung als solche zu prüfen.

<sup>9)</sup> Vgl. Zitelmann, Kunst der Gesetzgebung, 4, der die Frage nach der „Kunstlehre für den Gesetzgeber“ dahin formuliert, „ob sich nicht auf Grundlage all der Erfahrungen, die bei den zahllosen vorhandenen Gesetzgebungen zu sammeln sind, allgemeinere Regeln darüber gewinnen lassen, wie der Gesetzgeber . . . . am zweckmäßigsten vorgehen soll“.

Von den drei in ihrer Besonderheit aufgewiesenen gesetzgeberischen Aufgaben <sup>10)</sup> ist es die mittlere, die im folgenden durchgenommen werden soll. Sie ist diejenige, bei der gerade der Jurist der berufene Sachverständige ist. Innerhalb der ersten Aufgabe herrschen Zielsetzungen und (hinsichtlich der Mittel zum Zweck) Lebenserfahrungen, die weit über das spezifische Arbeitsgebiet des Juristen hinausgreifen. So wenig er, in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung beschlagen, als Berater ausgeschaltet werden kann, so sehr er das Gewicht seines Standpunktes für die Willensakte selber mit in die Wagschale zu werfen zuständig ist — das Leben geht doch schließlich seinen eigenen Gang, und andere von der Richtigkeit seines Willensstandpunktes zu überzeugen, ist dem Juristen als Juristen nicht gegeben <sup>11)</sup>. Aber hat der Rechtspolitiker — genauer der Rechtsinhaltspolitiker — die sachlichen Wertungen der Lebensgegebenheiten vollzogen, so ist nun um so mehr der Jurist in seinem Element, wenn es gilt, die logische Seite des Willensdenkaks mit kritischem Auge zu prüfen. Geschult in denkmäßiger Erfassung von positivrechtlich geltenden Normierungen ist er auch imstande, das logische Rüstzeug auf inhaltlich andere neue Normierungen anzuwenden. Das Methodische bleibt ja in aller Jurisprudenz — *de lex ferenda* wie *de legibus latis* — immer das gleiche. Wenn Ludwig K n a p p die Jurisprudenz damit zu beschimpfen glaubte, daß er sie „das gesinnungslose Aktuariat der Revolution wie der Reaktion“ nannte, so hat er damit ebenso richtig erkannt, daß sich das Juristischmethodische mit allen Rechtsordnungsexemplaren und unangesehen ihren historischen Ursprung in gleicher Weise verknüpft, wie er sich blind dafür gezeigt hat, daß eben dies gleichheitliche Erkenntnisverfahren der Charakter der Wissenschaft überhaupt ist, und das Erkennen des Seienden mit dem Charakter des Menschen nichts zu schaffen hat. Für die bei der Gesetzgebung gebotene Arbeitsteilung pflegt auch der Laie Sinn und Verständnis zu haben. Wo immer er irgendwie daran beteiligt ist, rechtliche Regelungen zu treffen: er spürt, daß er, so sehr er

<sup>10)</sup> Im Vorübergehen sei hier noch darauf hingewiesen, daß die scharfe Auseinanderhaltung der drei Bestandteile des Gesetzgebungsaktes auch der Lehre von den gesetzgeberischen „Redaktionsversehen“ und „Druckfehlern“ zugute kommt. Es sondern sich die Fälle, die unter diesen Sammelkategorien begriffen zu werden pflegen, derart: entweder hat der Gesetzgeber infolge methodologischer Unzulänglichkeit eine sachliche Wertung vollzogen, die er sonst nicht vollzogen haben würde; oder es fehlt der sachlichen Wertung der adäquate (oder überhaupt jeder) Ausdruck.

<sup>11)</sup> Ob überhaupt im Bereiche des „richtigen Rechts“ ein „Überzeugen“ möglich ist, hängt von der rechtsphilosophischen Vorfrage ab, in welcher Methode die idealen Rechtsinhalte ausfindig zu machen seien.



für den Inhalt der Beschlüsse Maßgeblichkeit für sich in Anspruch nimmt, des Juristen nicht entraten kann. „Wir beschließen,“ so hieß es vor Jahren einmal in einem Stadtparlament in immer wiederkehrender Wendung, „und der Jurist (der rechtsverständige Stadtrat) hat den Modus zu finden“. „Den Modus finden“ bedeutete eben die Herstellung der logischen Ordnung bei voller Wahrung des Beschlüßinhalts.

Aber auch im Verhältnis zu der Ausdrucksförmelung ist die methodische Arbeit spezifische Juristensache, insofern es sich bei jener wohl auch mit um juristischen Sprachgebrauch handelt, dieser ja aber keine Geheimsprache ausmacht, sondern in die Allgemeinsprache eingegliedert ist, und deshalb bei der Gesetzesredaktion teils jeder Nichtjurist, wofern er nur ein Gebildeter ist, mitreden kann, teils der Sprachwissenschaftler, der Philologe, zur Geltung zu kommen beanspruchen kann.

II. Die methodologischen Leitsätze, die über der Gesetzgebung walten, gewinnt man, wenn man sich an die logischen Richtlinien hält, die allgemein für jeden volitiven Denkart gelten (oben S. 17 ff.), und die Sonderprobleme ins Auge faßt, die der Rechtsregelung als einer besonderen Art von Willensakten eigentümlich sind.

1. Wenn der Gesetzgeber, wie jedes Willenssubjekt, diskursiv, in Begriffen, zu denken hat, so muß Klarheit darüber obwalten, inwieweit er diese Begriffe frei schafft, und inwieweit er in fest vorgezeichneten Gedankengeleisen läuft. Welche Bewandnis hat es mit der „gesetzgeberischen Begriffsbildung“?

Es ist hier nicht der Ort, das Problem der juristischen Begriffe in seiner ganzen Breite aufzurollen. Für die Zwecke dieser Abhandlung genügt es, folgendes festzustellen:

Einmal: es gibt Begriffe, denen auch der Gesetzgeber untertan ist, so daß sein Denken unbedingt in ihren Bahnen laufen muß, widrigenfalls er dem ihm Nach-Denkenden Unverständliches zumutet. Das sind zunächst die allgemeinen erkenntnistheoretischen Kategorien. „Sollen“ und „Sein“; „Bejahung“ und „Verneinung“; „abstrakt“ und „konkret“; „möglich“, „wirklich“, „notwendig“ usw. — das alles sind allgemeingültige Begriffe. Jeder Emanzipationsversuch des Gesetzgebers würde an Denkmöglichkeit scheitern. Aber auch schon jede Verschwommenheit der gesetzgeberischen Vorstellungsbilder in erkenntnistheoretischer Hinsicht ist gefährlich. Tatsächlich waltet eine solche zum Teil recht weitgehende Verschwommenheit oft insofern ob, als das zu regelnde „Sein“ dem es regelnden „Soll“ selber nicht scharf



gegenübergestellt wird, und innerhalb des zu regelnden Seins das Konkret-Individuelle und das Abstrakt-Allgemeine in eins verschwimmen <sup>12)</sup>. Zu den auch für den Gesetzgeber unverrückbar gegebenen Begriffen gehören weiter diejenigen, die sich als notwendige Ableitungen aus dem Begriff des „Rechts“ selber, als rechts erkenntnistheoretische Kategorien oder fundamentale rechtliche Grundbegriffe ergeben. Kein Gesetzgeber kann z. B. davon loskommen, daß die Rechtswidrigkeit etwas anderes ist als die Schuld, und beide wiederum etwas anderes sind als die Strafbarkeit <sup>13)</sup>.

Grundverschieden von diesen formalen Gesichtspunktsbegriffen sind nun aber die rechtssatzmäßigen Begriffe selber, in denen sich die gesetzgeberische Normierung ausdrückt. Das sind für den Gesetzgeber Begriffe eigener Prägung, Volitivbegriffe; er selber ist es, der über die mit ihnen zu „begreifenden“ Vorstellungsinhalte frei verfügt: „So er befiehlt, so geschieht's, und so er gebeut, so steht es da.“ Nur sein eigenes Ziel und die Funktion, die danach den einzelnen Begriffen zukommen soll, sind für ihn maßgeblich. Der in diesem Sinne ziels- oder funktionswidrige Begriff freilich taugt nichts; der ziels- und funktionsgerecht aufgestellte Begriff aber unterliegt keiner Anfechtung.

Deshalb ist es hinsichtlich der gesetzgeberischen Begriffsbildung hier von größter Wichtigkeit, daß sich die empirischen Menschen, die an Entwurf und Gutheißung des Gesetzesinhalts mitwirken, auch ihrer Freiheit, diese verstanden als bloßer Abhängigkeit von ihrem eigenen Ziel, bewußt sind. So sehr sie bei den feststehenden Begriffen der Erkenntnistheorie und der Rechts-erkenntnislehre einen Schlag in die Luft tun, wenn sie von diesen loszukommen anstreben, so unzulänglich verfahren sie auf der anderen Seite, wenn sie bei den rechtssatzmäßigen Begriffen entweder wännen, diese Begriffe seien ohne ihr Zutun schon fertig da, oder wenn sie diese Begriffe formalistisch statt zweckgerichtet aufstellen.

Man sollte meinen, daß die Verfasser von Gesetzentwürfen über dieser ihrer Freiheit eifersüchtig wachen würden. Ist doch

<sup>12)</sup> Dies ist unten im Hinblick auf den strafrechtlichen „Tatbestands“-Begriff näher zu beleuchten.

<sup>13)</sup> Gegen den StGB.-Vorentwurf von 1909 setzte deshalb einmütige Kritik ein, als er kühn vermeinte, den Unterschied der verschiedenen Arten von Strafausschließungsgründen (Unrechtsausschließung, Schuld- ausschließung, reine Strafausschließung) „aufheben“ zu können. Wäre der Vorentwurf Gesetz geworden, so wären Rechtswissenschaft und Praxis über diese Verirrung lächelnd hinweggegangen.

die Bildung der rechtssatzmäßigen Begriffe das einzige Element der gesetzgeberischen Arbeit, bei dem sie persönlich-schöpferisch auftreten können. Wo es gilt, den sachlichen Gehalt der Regelungen zu bestimmen, müssen sie weitgehende Entsagung üben, teils weil sie, wenn zu mehreren vereinigt, untereinander uneins sind, teils weil sie voraussehen, daß die von ihnen für sachlich richtig gehaltene Regelung keine Aussicht hat, von den gesetzgebenden Körperschaften angenommen zu werden. Auf der anderen Seite ruft ihrem Denken die Logik, und ihrer Ausdrucksformelung das Gesetz der Sprache zu, das dies und das, „nicht gehe“. Nur die Herausarbeitung bestimmter Vorstellungsbilder zu Einzelbegriffen entsprechend dem als feststehend einzusetzenden sachlichen Zweck ist eigene freie Tat.

Wenn man den Werdegang von Gesetzentwürfen verfolgt, so wird man aber inne, daß diese tatsächlich in außerordentlich weitem Umfange teils da, wo sie herrschen sollten, sich als bloße Diener von überlieferten Vorstellungsbildern fühlen, teils zwar einen Begriff selber prägen, ihn aber statt ihn von ihren eigenen Zielen abhängig zu gestalten, formalistisch aus der Luft schöpfen.

Zur Verdeutlichung solchen falschorientierten Vorgehens ist es angezeigt, auf die dem Rechtssatz eigene charakteristische Schichtung seiner begrifflichen Elemente einen Blick zu werfen. Jeder Rechtssatz benennt irgendeine Gegebenheit des sozialen Lebens (abstrakt-schematisch) und unterstellt sie einer rechtlichen Bewertung bestimmter Art (möglicherweise, was indessen hier nicht weiter verfolgt werden soll, unter Aufstellung bestimmter Bedingungen für die Bewertung). So treten in dem Sinngefüge des Rechtssatzes 2 Begriffsreihen auf: **S e i n s b e g r i f f e**, diese als solche noch wertfrei, erst der rechtlichen Wertung harrend, und **W e r t u n g s b e g r i f f e**, eine rechtliche Bedeutung enthaltend. Die letzteren entstammen natürlich der unmittelbaren Setzung durch das Recht. Aber auch die ersteren werden im Rechtssatz nur funktionell für die anschließende rechtliche Regelung benötigt; auch sie sind, um einen Ausdruck von L a s k <sup>14)</sup> zu gebrauchen, „mit einem teleologischen Gespinnst überzogen“. Ihre Herausarbeitung hat deshalb im engsten Verbande mit den dazugehörigen Bedeutungsbegriffen zu geschehen. Das gesamte, der rechtlichen Regelung harrende Sein wird vom Gesetzgeber begrifflich so erfaßt, wie es für seine Zwecke nötig ist. Er k a n n sich an eine schon anderweit bestehende begriffliche Schichtung anlehnen, e r b r a u c h t e s a b e r n i c h t z u t u n.

<sup>14)</sup> In Windelbands Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts <sup>2</sup> 306.

Nirgends also hat sich der Gesetzgeber bei der Begriffsbildung, soweit es sich um die begrifflichen Elemente seiner Normierungen handelt, als bloßes Erkenntnissubjekt zu fühlen. Niemals ist für ihn die Frage die: was ist z. B. Zurechnungsfähigkeit, Strafbarkeit, Mensch, Eisenbahn, sondern: was soll *me* *statuente* dieser Begriff bedeuten (sei es als unmittelbar eine Rechtswertung ausdrückender, sei es als zum Behufe einer daran anzuschließenden Rechtswertung hinstellender Rechtsbegriff)? Sind die Begriffe, in denen das Recht seine Regelung vollzieht, alle, nach Lasks Wort „mit einem teleologischen Gespinnst überzogen“, so ist es ja gerade der Gesetzgeber, der sich unterfängt, diese Fäden zu spinnen. Für die Rechtswissenschaft streitet man zwar darüber, ob sie der teleologischen Begriffsbildung zu huldigen oder woher sonst sie ihre Begriffe holen solle. Aber das Sträuben gegen eine am Zweck ausgerichtete Begriffsbildung erklärt sich hier daraus, daß unter der Flagge des teleologischen mitunter rechtsfremde Zwecke ihren Einzug halten wollen, seien es aus reiner Seinsbetrachtung (soziologisch) gewonnene, seien es autoritativ von dem seine Rolle als bloßes Rechtserkenntnissubjekt verkennende und sich zum Willenssubjekt aufwerfenden Juristen selber gesetzte Zwecke. Versteht man unter den maßgebenden Zwecken die rechtseigenen (materiell-normativen) Zwecke, die aus der Gedankenwelt der Rechtsordnung selbst stammenden, so kann kein Zweifel daran sein, daß diese es sind, die die gesamte Begriffswelt unmittelbar oder mittelbar regieren. Vollends deutlich ist, daß im gesetzgeberischen Denkkakt kein Begriff der teleologischen Funktionbar sein kann.

Es war deshalb z. B. ein fehlerhafter Gedankengang, wenn sich die Verfasser des StGB.-Vorentwurfs von 1909 hinsichtlich des „Zweikampfs“-Begriffs in *vinculis* wähten, als es galt, über die Strafbarkeit der studentischen Schlägerversur Bestimmung zu treffen. Sie argumentierten folgendermaßen (nicht wörtlich, aber der Sache nach): „Nachdem wir uns dahin schlüssig geworden sind, daß der Zweikampf mit tödlichen Waffen so und so strafbar sein soll, haben wir damit auch die Schlägerversur mit getroffen; das wollen wir aber nicht; deshalb bedarf es nun noch einer Ausnahmegestimmung für sie, die wir nunmehr folgen lassen.“ Also der Begriff des Zweikampfs mit tödlichen Waffen war ihrer Meinung nach fertig gegeben, so daß sie an ihm nichts ändern könnten, sondern nur Regelungsverschiedenheiten innerhalb seiner eintreten lassen könnten. Dabei ist doch dieser Begriff ein gesetzeseigener Begriff, und nur darauf kommt es an,

welchen Sinn der Gesetzgeber mit ihm verbunden wissen will. Meint er, daß das sprachliche Gewand des Begriffs von den Adressaten des Gesetzes anders gedeutet werden würde, als er es bezieht, so mag er seine Definition noch ausdrücklich dem Gesetz mit auf die Reise geben. Daß er dem Begriff gegenüber machtlos sei, ist jedenfalls ein Irrtum über seine Machtvollkommenheit.

Noch schwerer wiegt ein anderer — nicht seltener — Fehler, darin bestehend, daß ein Begriffsinhalt nicht aus der Funktion, die der Begriff innerhalb der betr. rechtssätzlichen Regelung erfüllen soll, hergeleitet wird, sondern umgekehrt in absolut formaler Weise hingestellt wird, und dann erst die Rechtssätze sozusagen darum herumgehängt werden. So unbedingt notwendig die scharfe Herausarbeitung der Begriffe nach der formal-konstruktiven Seite ist — ein großer Teil dieser Abhandlung ist ja gerade dahin gerichtet —, so sehr sind doch Begriffe, die nicht funktionell geformt werden, Fremdkörper, die das Rechtsverständnis erschweren oder unmöglich machen. Gerade der StGB.-Entwurf von 1909 hat in weitem Maße verkannt, daß gewisse strafrechtliche Allgemeinbegriffe (Täter, Teilnehmer, Versuch usw.) nicht in isoliert konstruktivem Verfahren zu zimmern, sondern funktionell vom Strafgesetz aus zu gewinnen sind. Dies wird unten genauer aufzuzeigen sein.

Die Erklärung für das nicht seltene Vorkommen dieses Fehlers liegt zum größten Teil darin, daß die Verfasser von Gesetzentwürfen zu der bestehenden Rechtswissenschaft und den in der Rechtsprechung hervorgetretenen Rechtsauffassungen nicht das richtige Verhältnis gefunden, genauer gesagt, nicht den richtigen Abstand eingehalten haben. So überaus wertvoll für die Gesetzgebung die wissenschaftlich-praktische Vorarbeit ist, die sie vorfindet, so unverzeihlich es ist, wenn sich Entwurfsverfasser, statt sich umfassend in sie zu vertiefen, sie unbeachtet beiseite liegen lassen, so ist doch stets zweierlei zu beachten. Einmal, daß auch die Wissenschaft und die Praxis öfter den Fehler begehen, die in Frage stehenden Rechtsbegriffe als apriorisch gegebene zu behandeln und in das positive Recht hineinzulegen. Sodann aber und vornehmlich, daß diese Rechtsbegriffe, auch wo sie von Rechtswissenschaft und Praxis im Sinne des jeweils geltenden Rechts zutreffend herausgearbeitet sind, damit keine Allgemeingültigkeit, insbesondere keine Gültigkeit für das erst zu schaffende Recht erlangt haben. Deshalb hat namentlich da, wo ein Begriff den Gegenstand einer Streitfrage bildet, der Gesetzgeber niemals zu fragen: welche der



Theorien ist die richtige? oder auch nur: welche der Theorien wähle ich mir aus? Sondern: welche Begriffsbestimmung ergibt sich für mich aus dem von mir eingenommenen sachlichen Regelungsstandpunkt? Es gilt für ihn nicht, den Begriff „zu erkennen“, es gilt für ihn auch nicht den Begriff als solchen „zu wollen“; sondern es gilt für ihn, den Begriff so zu fassen, daß er zu den von ihm selbst vorgenommenen willensmäßigen Festsetzungen teleologisch paßt. Die eigene sachliche Regelung ist die Seele der gesetzgeberischen Begriffsbildung. Wenn die Verfasser von Gesetzentwürfen die Begriffsbildung häufig nicht in dieser Weise in die Hand nehmen, so ist das psychologisch begreiflich: der auf die *lex lata* eingestellte Jurist bringt eben seinen Begriffsapparat mit, und es mag ihm leicht entgehen, daß dieser zu den eigenen Willenszielen nicht stimmt, daß die abgelagerten Begriffe für ihn versteinerte Begriffe sind, die in das Museum gehören. Aber freilich für die Zukunft darf volle Klarheit darüber gefordert werden, daß sich der gesetzgeberische Willensakt zwar keineswegs auf die mehr oder weniger willkürliche Aufstellung der rechtssatzmäßigen Begriffe als solche richtet, daß diese Begriffe aber durch ihn als Willensdenkakt bedingt werden.

2. So sehr aber der Gesetzgeber hinsichtlich der Begriffe, die er als Elemente der von ihm gewollten Rechtssatzinhalte benötigt, frei schalten kann, lediglich geleitet von seinem sachlichen Willensziel, so sehr ist er doch auf der anderen Seite dabei in gewissen Beziehungen dem *λόγος* untertan:

a) jeder Begriff muß irgendeinen Inhalt haben, d. h. etwas besagen, was erst kraft seiner eine neue Vorstellung eröffnet. Der Gesetzgeber hat sich vor leeren Worten zu hüten, Anordnungen zu vermeiden, die aus dem Gesetz getrost gestrichen werden könnten<sup>15)</sup>.

Hinsichtlich des Grads der Bestimmtheit des Inhalts können dem Gesetzgeber keine Vorschriften von Logik wegen gemacht werden. Aber darüber darf er sich nicht

---

<sup>15)</sup> Hier sei angemerkt, daß der Entwurf 1919 in § 37 eine solche inhaltsleere Bestimmung bietet. „Bilden mehrere Taten einer Person eine fortgesetzte Straftat, so ist die Strafe unter Berücksichtigung des Umfangs der strafbaren Tätigkeit zu bemessen.“ Da — auch nach dem Entwurf — die Strafbemessung allgemein nach dem „Umfang der strafbaren Tätigkeit“ zu erfolgen hat und das fortgesetzte Delikt aber größeren Umfang hat als das in einem einzigen Tun bestehende, so ist § 37 ebenso richtig wie überflüssig. Das, was wissenswert wäre, ist: welches nach dem Entwurf die begrifflichen Merkmale eines fortgesetzten Delikts sind — und gerade das zu sagen vermeidet § 37!



täuschen, daß er eine wirkliche Rechtsregelung nur in der Umänderung vornimmt, in der ihm der Begriff vor der Seele steht. Wo die Unbestimmtheit, die er gelassen hat, anfängt, da beginnt die Individualregelung an Stelle des gleichheitlich normierenden Schemas, und da setzt in der Rechtsanwendung das richterliche Ermessen ein mit der unausweichlichen Folge, daß möglicherweise gleichliegende Fälle ungleich behandelt werden. Das kann praktisch, das kann sogar dringend geboten sein, und es wäre sogar traurig, wenn das ganze Leben restlos unter ein dürres Schema gezwängt würde. Aber das freilich gebietet die praktische Logik, daß inso weit keine begriffliche Unbestimmtheit bleibt, als der Gesetzgeber selbst gerade keine Individualregelung will, sondern das Ziel gleichheitlicher Normierung verfolgt. Er muß dieses Ziel eben verfehlen, wenn er insoweit Unbestimmtheiten bestehen läßt.

b) Jeder Begriff muß klar und in sich geschlossen der Gesetzgeber muß sich über seinen Inhalt im Reinen gewesen sein.

Hier ist, gerade mit Rücksicht auf den Entwurf, namentlich eins zu betonen: Es darf nicht ein Begriff in zwei unvereinbare Vorstellungsbilder auslaufen. Damit ist nicht gesagt, daß nicht ein identischer terminus zwei verschiedenartige Bedeutungen haben könnte; gerade die oben betonte Notwendigkeit funktioneller Begriffsbildung ergibt die Möglichkeit, daß sich im Rahmen eines Rechtsatzes ein Begriff anders annimmt als im Rahmen eines anderen. Wo es sich aber um einen funktionell identischen Begriff handelt, da darf er niemals aus zwei conjunktiv auftretenden Positionen bestehen, von denen die erste nicht mit der zweiten stimmt, oder diese von jener etwas zurücknimmt. Die Definition muß vielmehr einheitlich das Ergebnis beider Positionen umschließen. Wollte etwa jemand den Begriff des „Hauses“ dahin definieren: „Haus ist ein steinernes Gebäude mit Türen und Fenstern; es braucht aber nicht von Stein zu sein, wenn es nur Fenster und Türen und eine bestimmte Höhe hat“ — wer möchte sich von solcher Definition befriedigt fühlen? Tatsächlich kommt es im Verkehr gewiß oft genug vor, daß ein Sprechender einem ersten Satze einen zweiten folgen läßt, in dem er sich berichtigt. Aber die Gesetzgebung ist kein mehr oder weniger hastiger Augenblicksvorgang, in ihr soll und kann umfassende logische Überlegung walten und kein Begriff verlautbart werden, der nicht zu Ende gedacht war. Es gilt, wenn ich es so ausdrücken darf, das Prinzip der geradlinig abschließenden, der fertigen Begriffsbil-

dung — ein Prinzip, das der Entwurf von 1919 bei der Teilnahmelehre in drastischer Weise verletzt hat.

c) Galten die bisherigen Betrachtungen jedem Begriff für sich, so ist eine weitere Forderung die, daß das logische Verhältnis aller Begriffe unter sich (ihre Neben- oder Unterordnung usw.) klarliegt, und so durch die Begriffstafel als Ganzes ein geschlossener Zug geht — sonst gibt es verstimmte Akkorde.

d) Jedes Gesetzgebungswerk als Ganzes muß schließlich sorgfältig daraufhin durchdacht sein, daß die Verbindung der Teilregelungen untereinander durch ihr logisches Zusammenstimmen gewährleistet ist. So frei — frei von logischem Zwang — jede gesetzgeberische Wertung ist, so sehr ist sie doch, einmal gemacht, konsequent festzuhalten, und mit ihr die denknotwendigen Zusammenhänge. Es geht nicht an, diese Zusammenhänge, die die Logik des (volitiven) Schlußfolgerns aufzeigt, planlos zu zerschneiden, die logischen Verbindungsbrücken, die von dem einen zum anderen führen, in die Luft zu sprengen. Der Gesetzgeber darf mit dem „ergo“ nicht auf gespanntem Fuße stehen. Wo immer Wertungen eingesetzt und auseinandergelegt, gleichgestellt oder differenziert werden, immer muß ein einheitliches Wertungssystem eingehalten werden. Man kann von einem Prinzip der Einheitlichkeit des Wertungsstandpunkts reden. Die „rationes singularum legum“ dürfen, so viele ihrer auch sind, und wie beschaffen sie auch sind, nicht untereinander auf Kriegsfuß stehen. Stimmt das Gesetzgebungswerk charakterlos mit sich selbst nicht überein, — welches von den mehreren Willenssubjekten, die dann gegeneinander kämpfend Beachtung heischen, soll denn dann das maßgebende sein? Wie soll der Jurist, der künftig das Gesetzbuch zu handhaben hat, daraus klug werden? Wenn nach Savigny<sup>16)</sup> ein zweifacher Sinn dem Juristen unentbehrlich ist: neben dem „historischen“ der „systematische“, durch den er „jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen“ befähigt ist —, wie soll es dem systematisch noch so feinfühligem Juristen gelingen, in ein zerfahrenes Sinngefüge systematischen Zusammenhang hineinzubringen?

Man darf nicht einwenden, daß bei der Gesetzgebung oft genug die Regelnormierung durch Ausnahme normierungen durchbrochen werden müsse, und daß anderenteils Komprom-

<sup>16)</sup> Vom Beruf unserer Zeit S. 48.

missen oft unausweichlich seien, — und daß dabei die „Folgerichtigkeit“ preisgegeben werden müsse. Dieser Einwand würde auf einem Mißverstehen des Prinzips der logischen Einheitlichkeit beruhen.

Was zunächst die Ausnahmebestimmungen anlangt, so bleibt es dem Gesetzgeber von Logik wegen unbenommen, neben eine Position, in der ein X in dem oder dem Sinne gewertet wird, eine andere zu stellen, in der das jenem X unterfallende Y abweichend gewertet wird. Nur muß dabei hervortreten, daß und warum die zweite Position die erste durchbricht, und daß somit die erste nicht mit dem Anspruch absoluter Herrschaft auftritt. Ist dem genügt, so ist das syllogistische Zusammendenken der beiden Positionen gewahrt. Es herrscht dann sozusagen eine föderalistische Ordnung, bei der die einzelnen Teile Sonderstellungen haben, — logische Ordnung bedeutet nicht Unitarismus. Was unangänglich ist, das ist nur, daß einer ersten Position, die sich als durchaus grundsätzlich gibt, die das Ganze als Gesetzeswerk durchdringen will, eine zweite hinzugesellt wird, die jene erste durchbricht, und für die doch völlig verschleiert bleibt, daß und wieso auf einmal der ersteingennommene Standpunkt verlassen wird. Es darf eben niemals eine Einzelbestimmung ein bloßer Gedankenblitz sein. In diesem Sinne kann man geradezu mit Zitelmann behaupten, daß „die logische Konsequenz gerade unserem Gerechtigkeitsgefühl entspricht“, daß „dieses vielfach nichts anderes ist, als das Gefühl logischer Harmonie“. Die Zwecklogik erheischt eben gedankliche Einheitlichkeit der Wertungen, bei motivloser Verschiedenwertung entgegen dem logischen Zusammenhang gesellt sich zu der Unbegreiflichkeit die peinliche Erkenntnis, daß eine der Regelungen jedenfalls ungerecht sein muß. Bleibt bei einer Bestimmung im Dunkeln, daß und wieso sie *jus singulare* darstellt, so ist zudem der Ausleger ratlos, weil er nicht weiß, wieweit sich die spezielle *ratio* der Ausnahmebestimmung erstreckt.

Ähnlich steht es mit den Kompromissen. Sind der empirischen Willenssubjekte mehrere, so mag es geschehen, daß diese einen Vergleich über den sachlichen Inhalt der zu treffenden Regelung eingehen. Damit wird aber mit dem Prinzip der Einheitlichkeit des Wertungsstandpunkts nicht gebrochen. Es werden nur die empirisch vorhandenen Wertungsstandpunkte durch einen neuen, eine mittlere Linie einhaltenden ersetzt. Dieser neue, durch Verschmelzung jener anderen entstandene untersteht nun aber selber derart dem Prinzip der logischen Einheitlichkeit, daß er mit allen seinen denknotwendigen Zusammenhängen als ein

einheitlich geschlossenes Willens-Sinngefüge erfaßbar sein muß. Es dürfen namentlich nicht Reste der zur Seite gestellten Standpunkte stehen bleiben, die zu dem neuen Sinngefüge nicht stimmen. Sie würden, unverständlich wie sie sind, nicht nur nicht förderlich sein, sie würden vielmehr Fragezeichen und Rätsel darstellen.

Neben der Funktion der Fernhaltung von Widersprüchen erfüllt die Aufmerksamkeit auf die syllogistisch gebotenen Zusammenhänge noch eine andere: sie sichert die im eigenen Sinne des Gesetzgebers erschöpfende Behandlung des Stoffs. Je mehr man die logisch notwendigen Zusammenhänge überblickt, um so weniger wird man Regelungslücken — dies Wort im Sinne des eigenen Standpunktes des Willenssubjektes verstanden<sup>17)</sup> — übrig lassen. Jene Zusammenhänge erschließen den Einblick in die Gesetzgebungsproblematik. Das unsystematische Wollen wird leicht vom eigenen Standpunkte des Willenssubjektes aus eine Unvollständigkeit der Regelungen bedingen.

III. Das sind die Anforderungen, die die Methodik an alle die stellt, die der Gesetzgebung entwerfend oder kritisierend vorarbeiten. Daß sie unbescheiden wären, läßt sich gewiß nicht behaupten. Sie lassen sich im Grunde in den Imperativ zusammenfassen: denke deiner Freiheit bewußt, aber zweckgerecht, bestimmt, klar, widerspruchslös und vollständig! Es wird nicht mehr verlangt, als daß sich der Gesetzgeber in denkender Selbstklärung, in Selbstkontrolle und Gedankenzucht zu voller Bestimmtheit und Selbstsicherheit, zu einer gerade seiner eigenen Zielrichtung entsprechenden formellen Vollendung, einer gedanklichen Bemeisterung seines Willensakts erhebe, es wird ihm nicht zugemutet, daß er auch nur das geringste Opfer gegenüber einem materiell anderswohin gerichteten Wollen bringe. Damit kann nun hoffentlich wohl das Mißtrauen der Gesetzgebungspraktiker gegen die Logik als überwunden angesehen werden. Die ablehnende Haltung war und ist berechtigt gegenüber einer Pseudologik, die dem Gesetzgeber in Ansehung der

<sup>17)</sup> Die viel behandelte Frage, was der Gesetzgeber alles in den sachlichen Bereich seiner Regelung ziehen soll, bleibt hier ganz außer Betracht. Es handelt sich nicht um das Problem der Erstreckung der Gesetzgebung in das Gebiet des „ungeformelten“ Rechts oder in den bisher „rechtsleeren Raum“ hinein. Die „erschöpfende Vollständigkeit“ und „Lückenlosigkeit“, von der hier die Rede ist, ist vielmehr eine immanente, formell gebotene, die nur den Zusammenschluß des schon als gewollt Vorausgesetzten zum System angeht.



zu treffenden sachlichen Stellungnahme dreinreden, ihm seine praktischen Zwecksetzungen vorschreiben oder verwehren will, die ihm apriorisch fertige Rechtsbegriffe hinreicht und verlangt, daß er sich ihrer bedienen soll, oder die sonst irgendwie die kognitive Logik verwendet wissen will, da doch die volitive Logik in Frage steht. Mit Bezug auf die Postulate der echten Gesetzgebungsmethodik dagegen, die ja immer nur lauten: „Wenn du, Gesetzgeber, das und das willst, dann denke so und so“ — darf niemals eine Ablehnung ihrer Beachtung mit der Begründung gestützt werden wollen: Der Gesetzgeber habe eine „praktische Aufgabe“ zu erledigen. Hier darf nie das Logische als eine Verkümmernng des Praktischen aufgefaßt werden. Im Gegenteil: Die praktische Brauchbarkeit und Vollendung jedes Gesetzgebungswerks ist geradezu durch die Einhaltung der methodischen Normen mibedingt. Logische Mängel sind keine bloßen Schönheitsfehler. Es macht sich in Rechtsverständnis, und folgeweise in Rechtsbefolgung und Rechtsanwendung auf das Empfindlichste geltend, wenn die Gesetzgebung die Rechtsbegriffe in vinculis, sie unklar, untereinander unstimmig gebildet, oder sie ihre Regelungen widerspruchsvoll gestaltet hat. Daß derjenige „unpraktisch“ handelt, der keine Sicherung gegen Erfolgsvereitelungen und Entgleisungen anbringt, kann doch gewiß nicht in Abrede gezogen werden! Im übrigen ist die logisch mangelhafte Gesetzgebung auch insofern unpraktisch, als sich die Säumnis des Gesetzgebers durch unwirtschaftlichste Vergeudung von Kräften für die Überwindung von Zweifel und Streit in Rechtsleben und Rechtslehre und Rechtspraxis rächt — wohingegen das logische Denken kein Geld kostet!

Jhering überschießt deshalb dem Ausdruck nach das Ziel, wenn er<sup>18)</sup> sagt: „Einem praktisch vom Gesetzgeber für notwendig erachteten Rechtssatz den Einwand des begrifflich Unmöglichen, Widersinnigen, Verfehlten entgegenzusetzen, enthält die schlimmste Anklage, welche der Jurist gegen sich selber erheben kann. Der Vorwurf des mangelhaften juristischen Denkens fällt auf ihn selber zurück.“ Mit dem „begrifflich“ angeblich Unmöglichen wurde zu Jherings Zeit und wird auch heute freilich viel Unfug getrieben, und es ist oben zur Genüge betont worden, daß die rechtssatzmäßigen Begriffe vom gesetzgeberischen Zweck aus regierte Volitivbegriffe sind, in deren Gehalt sich der Jurist nachdenkend zu vertiefen hat. Aber einer Gesetzgebung, die von ihrem eigenen teleologischen Standpunkte aus denkunmög-

<sup>18)</sup> Scherz und Ernst, S. 343 (in der Ausgabe von 1884).



liche Begriffe und Widersinniges bietet, seinen Tribut zu zollen, würde gerade Jhering selbst sicher der Letzte sein.

Vor dem Gespenst des „Formalismus“ braucht uns dabei nicht bange zu sein. Es handelt sich selbstverständlich um Einhaltung der Denkformen. Aber ohne sie gibt es überhaupt kein menschliches Geistesleben, insonderheit müssen auch Willensakte, die der Denkkordnung spotten, formlos verschwimmen und der Mystik verfallen. Wer freilich das Logische in dem Sinne überspannen wollte, daß er sich unterfinde, die vom Gesetzgeber zu treffenden Festsetzungen inhaltlich meistern, seine Freiheit in der sachlichen Wertung beeinträchtigen, ihn gewissermaßen durch Zwang oder List „düpiieren“ zu wollen, der triebe einen Götzenkultus des Logischen, der schärfster Abwehr bedürfte. Solch tyrannischer ungesunder Formalismus wird aber gerade durch den berechtigten Formalismus überwunden, der dem Logischen den Anteil gibt, der ihm gebührt, aber nicht mehr, der in Anwendung auf die Gesetzgebung weiter nichts fordert, als daß der Gesetzgeber was immer und wie immer er es wertet, sich selbst verstehe und andere ihn verstehen können, dieses aber auch unerbittlich fordert.

Wie sehr Logik und Praxis im Bunde stehen, erweist sich auch darin besonders deutlich, daß alle Auslegung das Gesetz in dem Sinne als logisches Ganze behandelt, daß Regelungen, die im Gesetz nicht ausgesprochen sind, kraft denknöwendigen Zusammenhangs ergänzt werden. Schon ein Blick in die Entscheidungen des Reichsgerichts zeigt, wie vielfältig mit „Konsequenzen des gesetzgeberisch Gewollten“ gearbeitet wird. Ob man dabei von dem „subjektiven“ Sinn einer Gesetzesstelle, so wie er den empirischen Gesetzgebungsbeteiligten vorschwebte, ausgeht, oder der „Theorie der objektiven Deutung“ folgt, bleibt sich dabei gleich. Nun läßt sich das Gesetz gewiß nicht mit den Mitteln der rein kognitiven Logik mit einer „logischen Expansionskraft“ ausstatten<sup>19)</sup>. Wohl aber setzt jeder Ausleger mit Grund voraus, daß er berechtigt ist, unter Zugrundelegung der eigenen gesetzlichen Zweckrichtung volitivlogisch nach Maßgabe der hiernach denknöwendigen Zusammenhänge das Unausgesprochene abzurunden. Er huldigt dabei auch durchaus nicht der Bindingschen Psychologie, die unbewußt gebliebene Folgen als mitgewollt ansieht<sup>20)</sup>. Er fußt vielmehr nur auf einer Hypothese, darf und muß aber auf dieser fußen, weil er nicht anders kann, als die Rechtsordnung als von einem Willensdenksubjekt ausgehend

<sup>19)</sup> Vgl. oben S. 35, Anm. 17.

<sup>20)</sup> Vgl. dazu oben S. 19.

zu nehmen. Im Umkreise der „ratio legis“ darf der Ausleger darauf vertrauen, daß er alle volitivlogischen Folgerungen aus ihr ableiten kann, solange nicht eine andersartige Wertung als Gegenratio einschränkend hervortritt <sup>21)</sup>).

Hat also der Gesetzgeber tatsächlich denknöthwendige Zusammenhänge nicht beachtet, so wird er unter Umständen mit Schrecken gewahr werden, wie die seine logische Umsicht voraussetzende Auslegung Ergebnisse erzielt, die er bei wirklich vorhandener Umsicht abgelehnt haben, für die er vielmehr eine Ausnahmeregelung getroffen, oder um derenthalten er statt der einen Anordnung zwei koordinierte getroffen hätte.

Man hört mitunter sagen: Ein Gegensatz von „praktisch“ und „logisch“ stelle sich häufig dadurch ein, daß die Gesetzgebung einem Kompromiß nicht ausweichen könne. Dann, so meint man, müsse eben notgedrungen die logische Folgerichtigkeit in die Brüche gehen, und man müsse sich dabei bescheiden, daß die Regelung „unlogisch, aber praktisch“ sei. Die Vorstellung ist dabei die, daß Kompromisse eine Art Notstandshandlung seien, und daß sie, da Not kein Gebot kennt, von allen logischen Anforderungen entbunden seien, daß also, kurz gesagt, das Kompromiß das Logische selbst zum Gegenstande habe. Daß das nicht richtig sein kann, leuchtet ohne weiteres ein. Eine Einigung mittels gegenseitigen Nachgebens kann es im Bereiche des Willensinhalts, des Wertungsstandpunkts, in der Sache selbst, im Entscheiden, im Bestimmen geben. Die logischen Notwendigkeiten in ihrer Allgemeingültigkeit unterliegen dagegen niemals einem Kompromiß: ein Kompromiß über sie würde nur bedeuten, daß dabei jedem „der Verstand still steht“. Kein menschlicher Wille kann die Logik totschiagen oder zum Schweigen bringen. Darüber, daß  $a =$  nicht  $a$  sei, daß ein unklarer Begriff ein klarer, ein Fehlschluß ein brauchbarer Schluß sei usw., kann man sich niemals mit einem anderen „vergleichen“. Die Erklärung dafür, wie man überhaupt, sich selbst beschwichtigend, zu der Auffassung gelangen konnte, als erstreckte sich das gesetzgeberische Kompromiß auch auf die logische Seite des Willensdenkakts, und als opfere man mit ihm auch die Logik selbst, liegt in folgendem: bei jedem Kompromiß sieht jedes der beteiligten Willenssubjekte die logischen Zusammenhänge zerschnitten, die von seinem wertenden Standpunkt aus gegeben waren. Konnte es bisher von einem bestimmten, von ihm eingenommenen Wertungsausgangs-

<sup>21)</sup> Ob und inwieweit eine ratio legis durch rationes extralegem, also der Gesetzesinhalt durch übergesetzliche Erwägungen überwunden werden kann, interessiert hier natürlich nicht.

punkt aus die weiteren damit notwendig verbundenen Normierungen logisch rechtfertigen, so paßt nunmehr dieser Gedankenweg nicht mehr. Das Kompromiß hat plötzlich die logischen Verbindungslinien zerrissen, und keiner kann auf die Frage: wie wollt ihr den Kompromißinhalt logisch rechtfertigen? eine Antwort von seinem Standpunkt aus geben. Allein daraus folgt keineswegs, daß nun alle Logik ein Ende hat. Wie oben betont worden ist, konstituiert ja die Logik überhaupt nicht den Willensinhalt als solchen. Und völlig gleichgültig ist, ob dieser psychologisch-genetisch logisch erfolgtert worden ist oder nicht. Es handelt sich also gar nicht um eine logische Rechtfertigung des Kompromißinhalts selber und seines Zustandekommens. Wohl aber tritt, den Kompromißinhalt einmal als gegeben gesetzt, sofort die Logik in ihre Rechte. Er muß nunmehr seiner selbsteigenen Logik genügen, denkmöglich herausgearbeitet, als Willensdenkakt erfaßt werden, weil er sonst nicht verstanden werden könnte. Mag das Kompromiß sachlich gelautet haben auf was es wolle: immer muß dieses neue Willenssinngefüge in sich bestimmt und klar und als mit dem Gesetzgebungsganzen zusammenstimmend erfaßbar sein. Über Widersprüche im Willensziel schreitet das Kompromiß siegreich hinweg, ein mit einem echten logischen inneren Widerspruch behaftetes Kompromiß dagegen ist totgeboren, weil denkmäßig nicht erfaßbar <sup>22)</sup>).

Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß bei jedem umfassenderen Willenswerk psychologisch ein denkendes Sichhindurchringen zu dem logisch festgefügteten Ergebnis erforderlich ist. Das empirische Bewußtsein muß erst über anfängliche Unbestimmtheiten der einzelnen Willensziele und deren anfängliche Zusammenhanglosigkeit untereinander zu der die praktische Brauchbarkeit des Ganzen bedingenden logischen Ordnung vorwärtsschreiten. Erst nach und nach setzt die Überlegung ein: was will ich denn eigentlich? Kann ich denn zugleich a und b wollen? Liegt nicht in der Richtung meines Willens auf a mit logischer Konsequenz

<sup>22)</sup> Die vorstehenden Ausführungen berühren sich mit denen von Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, S. 4—8. Kohlrausch wendet sich besonders gegen die verkehrte Antithese „Wissenschaft — praktisches Bedürfnis“. Seinen Satz, daß Kompromisse, wenn praktisch notwendig, auch theoretisch richtig seien, würde ich freilich dahin abändern, daß praktisch notwendige Kompromisse einesteils inhaltlich überhaupt nicht theoretisch auf Richtigkeit hin prüfbar sind, und daß sie anderenteils den Anforderungen der Wissenschaft, die künftig mit ihnen arbeiten soll, insoweit, aber auch nur insoweit genügen, als sie in ihrem logischen Bestande exakt sind.

auch die Richtung auf c inbegriffen? Kann ich das eine ohne das andere wollen? Habe ich Gründe, ein an sich unter a fallendes d anders zu behandeln als a? usw. Das logische Gefüge des Willensdenkakts ist überzeitlich, ohne Anfang und ohne Ende. Psychologisch aber ist der Willensdenkakt nicht sofort fertig da, kann es doch sogar sein, daß ein Willensakt tatsächlich gar nichts von Denken an sich trug.

Vollends der Entstehungsprozeß gerade von Gesetzen, historisch-genetisch genommen, ist der Erfüllung der logischen Postulate um so weniger günstig, je mehr Köpfe miteinander oder nacheinander an dem Zustandekommen des Gesetzes beteiligt sind. Der sich als Gesetzgeber oder wie ein Gesetzgeber fühlende Einzelne tut sich noch verhältnismäßig leicht, wenn er ein methodisch möglichst vollendetes Werk schaffen will. Das Beteiligtsein mehrerer, namentlich in Kommissionen, erhöht dagegen die logische Stoßkraft des Willensdenkakts keineswegs, sondern schwächt sie erheblich ab. Denn es fehlt dann in der Regel der Eine, der das sachliche Ergebnis so ganz in den Gesichtskreis seines Interesses einstellt, daß er es auch nach der logischen Seite in Ordnung zu bringen bestrebt wäre. Namentlich ist es eine erfahrungsmäßig häufige Erscheinung, daß bei Kompromissen die logische Durcharbeitung vernachlässigt wird; und gerade hier ist solche deshalb besonders wichtig, weil, psychologisch genommen, diese logische Durcharbeitung hier nicht schon gehörig vorausgegangen ist, sondern erst als kontrollierende Nacharbeit zu folgen hat.

Aber eben deshalb, weil die ersten Schritte zu einem neuen Gesetzbuch hin in methodischer Hinsicht unbewußt mangelhaft zu sein pflegen, ist bei der gesetzgeberischen Fortarbeit um so sorgfältiger in den Punkten, in denen die Kritik Methodefehler aufgezeigt hat, Abhilfe zu schaffen. Je weniger dies geschieht, um so mehr bringen die an dieser Fortarbeit Beteiligten sich und ihre Vorgänger am Werke um die Früchte ihres — wenn auch noch so verdienstvollen — sachlichen Schaffens.

Ganz gewiß soll hier nicht dem Wahn gehuldigt werden, als könne die irdische Gesetzgebung jenes logische Ideal je erreichen. Alles bestimmt, klar, widerspruchslös und lückenlos zu ordnen wird der Gesetzgebung nie gelingen. *Les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité*, bei diesem Worte Friedrichs des Großen wird es zu verbleiben haben. Nicht nur, daß immer zahlreiche sachliche Regelungen überhaupt jenseits des Gegenstands der Gesetzgebung bleiben, und in Ansehung ihrer die Logik nicht die Stelle des Rechtsordnungssubjekts vertreten kann. Auch im



Bereiche der von der Gesetzgebung ergriffenen sachlichen Regelungen werden sich immer logische Mängel einschleichen. Aber das Eine wird nicht zu bestreiten sein: daß, wenn die Gesetzgebung überhaupt etwas will, sie ihr Ziel um so weniger erreicht, je weniger sie den Willensakt als logisch ausgerichteten Willensdenkakt hinaustreten läßt, je methodeflüchtiger sie ist<sup>23)</sup>).

### 3. Methodik der Strafgesetzgebung insbesondere.

#### a) Die Möglichkeit einer besonderen Strafgesetzgebungsmethodik.

Es versteht sich von selbst, daß alle Anforderungen, die im Namen des λόγος an die Gesetzgebung überhaupt zu stellen sind, auch für die Strafgesetzgebung gültig sind, soll anders aus dieser ein gedankenklares und denkeinheitliches Strafgesetzbuch hervorgehen. Auf der anderen Seite ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen eben so klar, daß eine auf die Strafgesetzgebung angewandte Methodik immer nur eine hypothetische sein kann in dem Sinne, daß sie immer nur im Hinblick auf und im Anschluß an bestimmte als gegeben vorausgesetzte sachliche Regelungen durchgeführt werden kann. Läge noch völlig im Dunklen, worauf

<sup>23)</sup> Es sei gestattet, hier darauf hinzuweisen, daß sich der Werdegang von Gesetzbüchern heutzutage in einem recht unpraktischen Verfahren zu vollziehen pflegt. Es fehlt in ihm das methodische Kontrollorgan, das als Warner und Ratgeber den Werdegang begleitete. Zwischen dem Streit über die Sachentscheidung und den Fassungsstreitigkeiten fällt das logische Element mehr oder weniger aus. In die methodische Ordnung der Entwürfe, soweit solche überhaupt vorhanden war, wird durch sachliche Änderungen ein Strich gemacht, und für methodische Durcharbeitung des abschließenden sachlichen Inhalts des Gesetzes ist nicht Sorge getragen; sie bleibt dem de-lege-lata-Juristen überlassen; dessen dem fertigen Gesetz gewidmetes methodisches Nachdenken hat aber etwas von dem „Rat nach der Tat“ an sich, der „zu spät“ kommt. Und zudem: Wer hätte sich nicht schon Gedanken gemacht über den schmähsch vertanen großen Aufwand an Mühe, der heute in Gestalt der aufeinanderfolgenden Vor-, Kommissions-, nichtamtlichen Schlußentwürfe, des amtlich vorgelegten Entwurfs usw. vor Augen liegt? Wie mir scheint, muß künftig der Entstehungsprozeß in die drei innerlich gebotenen Etappen zerlegt werden: zuerst Festlegung der sachlichen Regelungen als solchen; dann methodische Überarbeitung; schließlich Textredaktion. Zu diesem Behufe hätte der erste Entwurf lediglich punktenweise den Wunschzettel aufzustellen — wenn man hier überhaupt von einem „Gesetzesentwurf“ reden will, denn jede gesetzbuchmäßige Herausarbeitung und Paragraphierung könnte gespart werden. Hierzu hätte die gesetzgebende Körperschaft in erster Lesung beschlußfassend Stellung zu nehmen. Nunmehr hätte ein methodisch geschulter Jurist dem Beschlossenen „Fasson“ zu geben, Unklarheiten, Zusammenhangslosigkeiten, Zwiespältigkeiten in dem Beschlossenen aufzudecken, und es obläge der gesetzgebenden Körperschaft, in den eigenen Spuren ihrer festgelegten Stellungnahme in zweiter Lesung den Mängeln abzuhelpen. Jetzt

es dem Gesetzgeber ankommen wird, so ließe sich ihm auch nicht methodisch vorarbeiten. Tatsächlich sind nun aber heutzutage gewisse Hauptpunkte der zu erwartenden strafrechtlichen Regelung außer Streit, so daß insoweit eine methodische Betrachtung ohne weiteres einsetzen kann; und bei anderen hebt sich scharf umrissen ein Aut-aut ab, so daß jeder der Standpunkte methodischer Klärung zugänglich ist. Insoweit ist es also möglich, das Gesetzbuch schon im embryonalen Zustand und nicht erst nach seinem Zustandekommen methodisch zu bearbeiten.

## b) Die Abgrenzung der strafgesetzgeberischen Aufgabe.

Der Gesetzgeber, der sich vornimmt, ein Strafgesetzbuch zu schaffen, kann nicht umhin, sich über die gerade in diesem Gesetzbuch als einem Strafgesetzbuch im Verhältnis zu dem übrigen Recht zu lösende Aufgaben, also über deren Abgrenzung, Gedanken zu machen. Alle Rechtsordnung ist Regelung gesellschaftlichen Daseins; das Strafgesetzbuch ist eine Teilregelung. Also: welche Partien des gesellschaftlichen Daseins und in welcher Bedeutung sollen sie gerade hier geregelt werden?

Was dem Gesetzgeber in großen Zügen — vorbehaltlich noch aller Stellungnahme in den Einzelheiten — vor der Seele steht und ihm dabei gänzlich feststeht, das ist: Das Strafgesetzbuch soll aussprechen, daß gewisse Verhaltensweisen von Rechts wegen ein Leiden, genannt Strafe, nach sich ziehen sollen. Durch dieses Leidensollen der Individuen im Falle eines voraus-

---

erst wäre an die Aufstellung des eigentlichen „Gesetzesentwurfs“ heranzugehen, der dann den Gegenstand der dritten Lesung des gesetzgebenden Organs bildete. Daß ein solches Verfahren besser zum Ziele führte und ökonomischer wäre, als das heute übliche, dürfte nicht zu bestreiten sein. Natürlich ist hier nur von den umfassenderen Gesetzbüchern die Rede. Immerhin wäre auch für Erlass von kleineren Einzelgesetzen dringend erwünscht, daß stets ein juristischer Beamter mit der Spezialaufgabe betraut würde, den Inhalt der neuen Vorlage daraufhin zu prüfen, ob und wie er mit der gesamten bisherigen Rechtsordnung zusammenstimmt. Wir haben mit der Gelegenheitsgesetzgebung nach dieser Richtung hin recht traurige Erfahrungen gemacht. Welche Fülle von öden Zweifeln darüber, ob man Ideal- oder Gesetzeskonkurrenz anzunehmen habe, ob es sich um eine legi priori derogierende lex posterior handle usw., sind aus der methodischen Sorglosigkeit heraus geboren worden!

Vielleicht wäre es ein dankenswertes Unternehmen, einmal den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung im Hinblick auf den Parlamentarismus zu untersuchen?

Vgl. auch die sich mit dem Vorstehenden berührenden Ausführungen bei Zitelmann, Kunst der Gesetzgebung 6.

gegangenen Verhaltens wird also der dem Strafgesetzbuch charakteristische Sinn bestimmt; es bildet den dem letzteren eigentümlichen Regelungsgegenstand. Wenn wir der Vorsicht halber noch betonen, daß hier noch ausdrücklich offengehalten wird, ob die Strafe Vergeltung oder präventiven Sinn haben soll, so wird bis hierher keine Meinungsverschiedenheit obwalten. Damit ist aber sofort eine doppelte systematische Abgrenzung ersichtlich geworden: einmal gegenüber dem Strafprozeß, und sodann gegenüber den übrigen Rechtsteilen.

I. Der Gesetzgeber beschränkt seine Aufgabe darauf, dem Individuum das Strafübel als gesollt zuzudenken. Er spricht hier nicht und will hier nicht sprechen von den Tätigkeiten, die die Verwirklichung des Strafübels im einzelnen Falle herbeiführen. Alle Fragen, die nicht sowohl das gedankliche Zukommensollen der Strafe, als vielmehr jene Tätigkeiten, deren Art und Weise und Voraussetzungen angehen, scheiden hier für ihn aus. Er überläßt sie der Regelung durch das Strafprozeßrecht, das schon bestehende oder das künftige, das gesetzlich oder das gewohnheitsrechtlich geregelte. Logisch liegt dabei das Strafrecht als prius vor dem Strafprozeßrecht, das ohne zugehöriges Strafrecht sinnlos wäre.

II. Umgekehrt liegen die übrigen Rechtsteile als logisches prius derart vor dem Strafrecht, daß dieses in scharfer Abgrenzung sein eigenes Gebiet jenen gegenüber hat, daß es sich lediglich auf die Strafbarkeit als seinen Regelungsgegenstand beschränkt und nicht irgendwie auf eine Regelung des als strafbar genannten Verhaltens selber im Punkte seiner rechtlichen Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit übergreift, daß es verglichen mit den übrigen Rechtsteilen lediglich „droit sanctionnateur“, nicht „droit déterminateur“, daß es akzessorisch, nicht systematisch prinzipal ist und seinen Sinn verliert, wenn man sich jene übrigen Rechtsteile hinwegdenkt. Danach ist zwar auch im Strafrecht von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit die Rede, aber das Objekt, das an ihm gemessen wird, ist nur der Leidenszustand des Individuums; er ist es, der sich nach dem Strafrecht als — unter gewissen Voraussetzungen — rechtmäßig bestimmt. Von den das Leidensollen bedingenden Verhaltensweisen spricht dagegen das Strafrecht nur in ihrer Eigenschaft als strafauslösenden Vorkommnissen, ohne sie selber auf ihren Rechtswert hin zu regeln. Wohl setzt das Strafrecht voraus, daß jenes Verhalten rechtswidrig war, da sonst die Strafe als Ungerechtigkeit erschiene, aber welche Verhaltensweisen und inwieweit sie contra jus sind, ist dem Inhalt des Strafgesetzes nicht zu ent-

entnehmen. Da hierüber noch manche Unklarheit besteht, ist darauf näher einzugehen.

Die Gegenmeinung sagt: Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit können nicht in dieser Weise auseinandergerissen werden. Die Strafbarerklärung hat selbst verbotende Kraft. Die Rechtswidrigkeit ist insoweit Strafrechtswidrigkeit, und ist als solche nicht Voraussetzung der Strafbarkeit, sondern Ableitung aus dieser. Die Strafbarkeit bedeutet also selbst Rechtswidrigkeit des zu strafenden Verhaltens, nur daß die Strafbarerklärung einen Ausschluß der Rechtswidrigkeit als möglich vorbehält. Deshalb spielt im Strafrecht die Rechtswidrigkeit keine positive Rolle; mit der Beschreibung des zu bestrafenden Verhaltens im einzelnen Strafgesetz durch den gesetzlichen Tatbestand ist für den Kriminalisten das Rechtswidrigkeitsproblem ausgeschaltet, er braucht nur noch Umschau danach zu halten, ob etwa nach Rechtsbestimmungen außerhalb dieses Strafgesetzes die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist<sup>24)</sup>. Der Kern dieser Lehre ist der Satz von der dem Strafgesetz innewohnenden verbotenden Kraft: die Strafbarkeit drückt begrifflich die Rechtswidrigkeit mit aus — folglich bedeutet der Erlaß eines Strafgesetzes auch die Rechtswidrigerklärung des unter Strafe gestellten Verhaltens. Demonstriert wird die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise an solchen Strafgesetzen, die ein gewisses Verhalten für strafbar erklären, ohne des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit Erwähnung zu tun, und die im ganzen Rechtsgebiet die einzige Stelle sind, wo jenes Verhalten Erwähnung findet. Wenn z. B. § 175 StrGB. die widernatürliche Unzucht für strafbar erklärt, so sei, da andere Regelung fehlt, die widernatürliche Unzucht eben kraft des Strafgesetzes rechtswidrig; diese Rechtswidrigkeit entstammt nicht dem Recht außerhalb des Strafrechts, sondern dem Strafrecht selber.

Diese Lehre beruht auf einer unanfechtbaren Prämisse — daß nämlich Strafbarerklärung ohne zugehörige Rechtswidrigkeit sinnlos ist — verwendet sie aber in irriger Weise; und das Ergebnis, zu dem sie kommt, — ein Verhalten, das einem gesetzlichen Tatbestande entspricht, ist strafbar, soweit nicht Unrechtsausschließungsgründe eingreifen — ist nicht direkt falsch, aber nur eine in usum Delphini abgekürzte Formel, die erstlich nur die Wißbegierde des Kriminalisten befriedigt, und die zweitens nur eine abschließende, kurze, nicht ganz genaue Formel ist, die

<sup>24)</sup> Typisch in diesem Sinne Frank, StGB. <sup>11-14</sup> S. 3 ff.



sich gerade erst, soweit sie richtig ist, aus unserer methodischen Grundauffassung mittels eines „ergo“ ergibt.

Sogleich von Anfang an waltet über der gegnerischen Lehre ein gewisser Dämmer. „Die“ Strafbarkeitserklärung, so heißt es, hat verbotende Kraft. Also jede? So, daß andere nicht denkbar sind? Nun gibt es aber doch Strafgesetze, denen das Verbot des betreffenden Verhaltens längst vorausgelaufen ist. Eine solche Strafbarkeitserklärung hat denn doch sichtlich keine „verbotende“ „Kraft“, sondern nur die Bedeutung einer — rechtlich bedeutungslosen — Wiederholung, Einschärfung, des Verbots. Nicht „kraft ihrer“ ist die Handlung verboten. Sie bedeutet nicht einen Doppelwillen, sondern einen auf Strafbarkeit allein gerichteten neuen Willen unter Bezugnahme auf schon ohne sie bestehenden, die Rechtswidrigkeit bestimmenden Willen. Wie wenig solche Strafdrohungen „verbotende Kraft“ haben, wird daran deutlich, daß man sie sich ruhig hinwegdenken kann, ohne daß das Verbotensein irgendwie zweifelhaft wäre. Wirklich „verbotende Kraft“ können also überhaupt nur die Strafgesetze haben, die von einem nirgends sonst verbotenen Verhalten sprechen. Schon hier muß man stutzen: wie kann die verbotende Kraft gewissen Strafbarerklärungen eigen sein und anderen fehlen? Der Inhalt einer Erklärung ist doch ein stets identischer? Wie sollen wir uns das erklären können?

Aber auch wenn wir uns auf diese selbstherrlichen Strafgesetze, wie man sie vielleicht nennen könnte, beschränken, stellen sich Rätsel ein.

In den einschlägigen Fällen, z. B. bei § 175 StGB., interessiert den Kriminalisten nach der Lehre der Gegner die Frage, ob das Verhalten rechtswidrig sei, gar nicht (denn „die Strafbarerklärung hat selbst verbotende Kraft“), ihn interessiert nur, ob negative Umstände da seien, die die Rechtswidrigkeit ausschließen. Aber andere Leute sind auch noch da, die wißbegierig fragen: ist nun eigentlich z. B. widernatürliche Unzucht rechtswidrig? Sie lassen sich weder abspesen mit dem Hinweis darauf, daß sie „strafbar“ sei, denn das interessiert sie nicht, noch mit dem Hinweis darauf, daß bei Gegebensein von Unrechtsausschließungsgründen keine Strafbarkeit bestehe. Wenn z. B. die Polizei befugt und verpflichtet ist, rechtswidrigen Handlungen entgegenzuwirken, und ihr Beamter Augenzeuge ist, wie A im Begriff steht, mit B widernatürliche Unzucht zu üben, so ist die Frage die: ist nun eigentlich widernatürliche Unzucht rechtswidrig? Die gleiche Frage taucht auch auf, wenn es sich um Anwendung des Notwehrparagraphen 227 BGB. bei Verteidigung gegen widernatürliche Un-

zucht handelt <sup>25)</sup>. Für die gegnerische Lehre heißt es hier Farbe zu bekennen. Entweder sie macht Ernst mit ihren Formeln: dann ragt § 175 StGB. in keiner Weise über die Strafbarkeitsfrage hinaus, die „verbietende Kraft“ ist bloß eingekapselt — und damit würde sie dem polizeilichen Vorgehen in sehr großem Umfang den Rechtsboden entziehen (man denke an die große Zahl von „reinen“ Strafgesetzen gerade auf dem Gebiete der eigentlichen Polizeitätigkeit); und das will sie gewiß nicht. Oder sie gibt zu, daß die Bedeutung solcher Strafgesetze nicht bloß „Strafbarkeit mit verbietender Kraft“ ist, und dann gibt sie sich selbst auf, denn dann stehen deutlich vor uns 1. eine nichtstrafrechtliche Verbotsbestimmung; 2. eine dazu hinzutretende, nicht selbst verbietende Strafbareklärung.

Wie will die Gegenlehre ferner fertig werden mit den Fällen, daß dem Erlaß eines solchen selbstherrlichen Strafgesetzes ein späterer Gesetzgebungsakt folgt, der die Strafbarkeit aufhebt? Da nichts als ein Strafrechtssatz vorhanden ist, so kann nach seiner Aufhebung nichts übrig bleiben; die in ihm liegende „verbietende Kraft“ der Strafbareklärung erlischt mit dieser. Nun mag das tatsächlich oft den gesetzgeberischen Intentionen entsprechen. Es kann aber auch vorkommen, daß sich der Gesetzgeber vollständig darüber im reinen ist, daß er zwar die Strafbarkeit beseitigen, aber die Handlung nach wie vor als rechtswidrig behandelt wissen will, daß dieser Wille auch expressis verbis kundgegeben worden ist. Wenn dann das neue Gesetz lautet: „Einzigster §: Die Strafbarkeit der widernatürlichen Unzucht wird aufgehoben“ —, so müssen unsere Gegner entweder den Mut haben, trotzdem das Verbot als mitbeseitigt anzusehen, weil es „logisch nicht anders gehe“, d. h. also durch „erkennende Logik“ einen Willensakt vergewaltigen; oder wenn sie davor denn doch zurückschrecken und bekennen, daß man als Jurist ja nur dem Gesetzgebungswillen folgen soll, dann kommen sie ohne halsbrecherische Konstruktionen nicht aus: Sie geben dann also zu, daß jetzt ein außerstrafrechtlicher Rechtssatz, eben der Verbotssatz, besteht, der bisher nicht bestand; wo aber kommt der her? Der einzige empirische Vorgang, bei dem man einsetzen kann, ist der neue „Einzigste §“; und das bedeutet: die Strafloserklärung hat „verbietende Kraft“, ja mehr als das: Strafloserklärung bedeutet einen selbständigen, außerstrafrechtlichen Verbotssatz!

<sup>25)</sup> Ich zitiere absichtlich nicht StGB. 53, um ganz klarzustellen, daß ich in keiner Weise an einen Strafrechtsfall denke.

So kann es auch nicht verwunderlich sein, wenn die Gegenlehre in einen regelrechten Widerspruch ausläuft. „Es muß daran festgehalten werden, daß die Strafbarkeitserklärung ein Rechtssatz ist, der das Verbot unmittelbar (wenn auch verhüllt) ausspricht“; „in der Strafbarkeitserklärung sind regelmäßig zwei Rechtssätze vereinigt, deren begriffliche Trennung für eine Reihe von Fragen große Bedeutung hat“<sup>26)</sup>. Also die Strafbarkeitserklärung ist das eine Mal ein Rechtssatz mit doppeltem Inhalt, das andere Mal eine Vereinigung von zwei Rechtssätzen?

Wenn nun aber doch die Prämisse, von der die Lehre ausgeht, unbestreitbar ist, worin liegt denn dann der Fehler? Er liegt kurz gesagt in einer Zweideutigkeit des Ausdrucks „Strafbarkeitserklärung“ in Verbindung mit der gleichfalls einer Zweideutigkeit Raum gebenden Bildlichkeit der verbotenden „Kraft“. In diesem Dämmerlichte gedeiht die Verwechslung zweier getrennt zu haltender Fragen: der rein methodischen Frage: was „Strafbarkeit“ begrifflich inhaltlich bedeutet, und der anderen: was bedeutet der gegebene psychologisch tatsächliche Akt der „Strafbarkeitserklärung“?

Was zunächst den begrifflichen Bedeutungsgehalt von „Strafbarkeit“ anlangt, so ist jedenfalls das Eine sicher, daß die Aussage „widernatürliche Unzucht ist strafbar“ etwas anderes bedeutet als die Aussage „widernatürliche Unzucht ist rechtswidrig“. Identisch sind die Begriffe keinesfalls, sonst gäbe es ja auch kein „strafloses Unrecht“. Verhalten sich nun etwa die beiderseitigen Vorstellungsbilder so, daß der Begriff „Strafbarkeit“ den Begriff „Rechtswidrigkeit“ mit umfaßt? Daß jene eine Unterart der Rechtswidrigkeit ist? Was ist denn „rechtswidrig“? Doch gewiß in unserem Zusammenhange ein Verhalten eines Menschen; nicht etwa der Mensch selber. „Strafbar“ ist aber der Mensch selber. Das Vorstellungsbild, das der erstere Begriff umfaßt, ist: ein Verhalten, das rechtlich unstatthaft ist; das Vorstellungsbild bei dem zweiten: ein Mensch, der Strafe leiden soll<sup>27)</sup>. Somit beziehen sich die beiden — prädikat-

<sup>26)</sup> Frank S. 4, S. 3.

<sup>27)</sup> Daran ändert auch der Begriff der „strafbaren Handlung“ nichts. „Der Täter und nicht die Tat wird bestraft!“ Strafe ist ein Leiden, in solches kann ein obendrein in der Vergangenheit liegendes „Verhalten“ nicht verstrickt sein. Darin sind sich heute ja Anhänger der modernen, wie der klassischen Richtung einig, daß Strafbarkeit „einer Handlung“ eine abgekürzte Ausdrucksweise ist = eine Handlung, die alle Handelnden vorbehaltlich des Eingreifens von persönlichen Strafausschließungsgründen in Strafe verstrickt. Entsprechend ist eine Handlung, die wegen Vorliegens

begrifflichen — Vorstellungsbilder auf verschiedene Subjekte. Schlösse das Vorstellungsbild „strafbar“, das andere „rechtswidrig“ in sich, so würde die Aussage „der Mensch ist strafbar“ in sich schließen die Aussage: „dieser Mensch ist rechtswidrig“! Das wäre also ein Mensch, dessen Existenz vom Recht verboten ist, dem Recht zuwiderläuft. Durch jede „Strafbarkeit“ wäre mindestens der bürgerliche Tod über den Täter verhängt<sup>28)</sup>! Praktisch genommen erhärtet sich die Besonderheit eines jeden der beiden Begriffe darin, daß tatsächlich oft genug das Vorstellungsbild der Strafbarkeit eines Menschen in uns auftaucht, ohne daß wir dabei zugleich an sein zuvoriges rechtswidriges Verhalten mitdenken, und ohne das uns dieses Bezugsverhältnis ins Bewußtsein tritt. Wäre in dem Begriffsinhalt „Strafbarkeit“ die „Rechtswidrigkeit“ mit enthalten, so wäre das schlechterdings unmöglich: wer sich das Begriffselement „Rechtswidrigkeit“ nicht mit vorstellt, dem würde eben nicht der Begriff „Strafbarkeit“ vorschweben können.

Dieser begrifflichen Verschiedenheit der Sinngebilde „Strafbarkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ entspricht dann genau die Verschiedenheit der Rechtssätze: Rechtssätze, die die Strafbarkeit normieren, bilden das Strafrecht; solche die die Rechtswidrigkeit festlegen, liegen außerhalb des Strafrechts. Andererseits aber besteht nun zwischen den Begriffen ein Sinnzusammenhang. Das Vorstellungsbild von dem gesollten Strafleiden eines Menschen („Strafbarkeit“) kann zwar scharf umrissen isoliert für

eines persönlichen Strafausschließungsgrundes „straflos“ ist, eine Handlung, bei der dieser Handelnde, der ohne Vorliegen dieses Umstandes wegen Gegebenseins einer „an sich strafbaren Handlung“ strafbar wäre, straflos ist.

<sup>28)</sup> Deshalb hat Frank auch vollständig recht, wenn er gegen v. Liszt betont, daß es nicht angeht „Rechtswidrigkeit“ und „Strafbarkeit“ kumulativ als Merkmale der „strafbaren Handlung“ nebeneinander zu stellen. Er irrt aber, wenn er mich (Lehre v. Verbr. 7) unter die Sünder rechnet; ich habe (L. v. V. S. 47 ff.) vielmehr gerade deutlich betont, daß die „Strafbarkeit“, die als Endergebnis herauskommt, nicht selber wieder durch „Strafbarkeit“ bedingt sein kann, sondern durch „Passen einer bestimmten Strafdrohung“ und Gegebensein der „Strafdrohungsbedingungen“. Das „Passen“ einer Strafdrohung zu einem menschlichen Verhalten ist aber so wenig = Strafbarkeit, wie das Passen eines Anzuges zu mir bedeutet, daß ich damit „angezogen“ sei; es ist nur vorbedingend dafür, daß ich ihn anziehen kann. Gerade die Kategorie der „Strafdrohungsbedingungen“ zeigt deutlich, daß das „Passen“ der Strafdrohung ein bloßes Bezugsverhältnis ist: wenn jemand überhaupt strafbar sein soll, so kann er dies nur nach Maßgabe einer auf sein Verhalten passenden Strafdrohung sein; ob er aber — nach Maßgabe dieser passenden Strafdrohung — strafbar ist, ist damit noch nicht bestimmt. Vgl. noch meine Grundzüge <sup>6/7</sup> S. 33.



sich in uns auftauchen, aber in seiner Isoliertheit hat es keine Bedeutung im rechtlichen Zusammenhang, dafür bedarf es der Verbindung mit dem inhaltlich total verschiedenen Begriff der Rechtswidrigkeit, um so, in einer höheren Einheit, zur Geltung zu kommen: es setzt hierfür das andere Vorstellungsbild „Rechtswidrigkeit“ als logisches prius voraus. Des Zusammenhalts mit dem anderen Vorstellungsbilde „Rechtswidrigkeit“, bedürfen wir also sobald es sich um die rechtliche Sinnhaftigkeit der „Strafbarkeit“, um die Erweiterung des Gedankenbildes zu einer rechtsordnungsmäßigen Strafbarkeit handelt. Ohne die Mitvorstellung der „Rechtswidrigkeit“ würde zwar der Begriff der „Strafbarkeit“ völlig klar bleiben — wenn jemand, wie Wallenstein nach Schillers Bericht zu dem ihm vorgeführten Soldaten, der seine Unschuld beteuert, sagt: „So hänge man dich unschuldig“, so verwendet er ja eben den Begriff der „Strafbarkeit“ — aber seine klare Verwendung würde von Rechts und Gerechtigkeits wegen zwecklos oder zweckwidrig, sie würde sinnlos, unverständlich sein im Sinne der volitiven Logik. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ist im Zusammenhang der Rechtsordnung das logische prius, das notwendig ist, um mit dem Begriff etwas anfangen zu können. Es verhält sich damit wie mit dem Begriff der „Vereidigung“ und dem der „Aussage“. Eidesleistung und Aussage sind getrennte Dinge, der Begriff „Eidesleistung“ schließt in keiner Weise den der „Aussage“ ein; nur ist eine Eidesleistung ohne hinzuzudenkende Aussage, auf die sie sich bezieht, sinnlos. Vorstellen können wir uns jeden der sekundären Begriffe als solchen ausgezeichnet, ohne den primären hinzuzudenken; sein Inhalt ist auch so fest umrissen; nur sinnhafte „Berechtigung“, Dignität, erhält er erst conjunctim mit dem primären.

Hinsichtlich der Rechtssätze, in denen die Begriffe „Strafbarkeit“ und „Rechtswidrigkeit“ den Drehpunkt bilden, äußert sich dieser Sinnzusammenhang darin, daß in dem Strafrechtssatz auf den die Rechtswidrigkeit festlegenden außerstrafrechtlichen Satz als vorausgesetzten Bezug genommen wird, daß im Inhalt des Strafrechtssatzes die Rechtswidrigkeit des zu strafenden Verhaltens als Voraussetzung (nicht als Regelungsgegenstand!) auftaucht.

Damit ist der Punkt erreicht, an dem der richtige Ausgangspunkt der gegnerischen Lehre ebenso sehr anerkannt, wie auf methodisch richtigem Wege zu Folgerungen benutzt werden kann. „Nach der natürlichen Auffassung ist dadurch, daß ein Verhalten für strafbar erklärt wird, gleichzeitig sein Verbot ausge-

sprochen“<sup>29)</sup>. Sehr richtig! nämlich: dadurch, daß ein Verhalten für strafbar erklärt wird, ist gleichzeitig sein Verbot ausgesprochen<sup>30)</sup>. Hatten wir bisher vom Begriff der Strafbarkeit und seinem Sinnzusammenhang mit der Rechtswidrigkeit gesprochen, so taucht jetzt etwas ganz anderes auf: der Erklärungsakt, dies und jenes Verhalten solle strafbar sein. Das Untersuchungsobjekt, bei dem wir einsetzen, ist jetzt die gesetzgeberische Willenserklärung: ein Mensch solle wegen eines Verhaltens der und der Art strafbar sein. Und da wir wissen, daß es eine rechtliche Sinnlosigkeit wäre, wenn dabei an ein nicht rechtswidriges Verhalten gedacht wäre, und wir dem Gesetzgeber keine Sinnlosigkeit unterstellen, so ergibt sich für uns der Schluß: also hat der Gesetzgeber außer der Strafbarkeit (Rechtssatz Nr. 1) gleichzeitig (so ja die Gegner selbst) das Verbot (Rechtssatz Nr. 2) gewollt.

Wenn die Gegner dies gleichsetzen mit einem Inbegriffensein der Rechtswidrigkeit in der Strafbarkeit („verbietende Kraft der Straferklärung“), so liegt der Fehler offen zutage. Nicht dem Inhalt der Straferklärung ist das Verbot „zu entnehmen“, denn es handelt sich um verschiedene Vorstellungsbilder, sondern: aus der Existenz der Strafbarerklärung als Willensakt erschließen wir, daß das Verbot als zweiter, begrifflich, inhaltlich anderer Willensakt dem empirischen Willenssubjekt nicht gefehlt haben kann. Es handelt sich um bloße Auslegung eines Schweigens des anderen über einen Punkt, über den man Auskunft zu erwarten hat, und zwar eine Auslegung mit ganz sicherem, eindeutigem Ergebnis. Wenn ein wortkarger Richter einem noch nicht vernommenen Zeugen sagt: „Heben Sie die rechte Hand auf und sprechen Sie mir den Eid nach“, und er, nachdem dies geschehen, dann schweigt, so wird sich der Zeuge sagen: man wird mich doch nicht bloß schwören und dann gehen lassen, denn ein Eid ohne Aussage ist doch unsinnig, und er wird nun seine Erzählung beginnen. Wer diesen psychologischen volitivlogisch gedeuteten Sinnzusammenhang dahin bestimmen wollte, daß er nunmehr sagt: also umfaßt die Aufforderung zum Eide begrifflich-inhaltlich die Aufforderung zur Aussage, würde offenbar fehlgehen.

Die Zweideutigkeit, der die Gegner erlegen sind, liegt damit

<sup>29)</sup> Frank S. 4.

<sup>30)</sup> Wenn ich mich hier und weiterhin des Ausdrucks „Verbot“ bediene, so tue ich das, um mich hier nicht erst über die „Imperativentheorie“, zu der ich mich nicht bekennen kann, auseinandersetzen zu müssen. Der Streit hierüber spielt in die obigen Darlegungen nicht hinein.

klar zutage. „Indem“ der Gesetzgeber das und das für strafbar erklärt, erklärt er es für verboten: richtig und mit Vorbehalt, wenn man zwei gleichzeitige Willensdenkakte meint; falsch, wenn man den Sinn von „strafbar“ als „zugleich rechtswidrig“ nimmt und an eine begriffliche Analyse denkt. „Indem“ im letzteren Sinne, logisch verstanden, der Gesetzgeber ein bestimmtes Leiden (pati) jemandes als rechtmäßig wertet, wertet er eben nicht irgendwie das menschliche Verhalten (facere, omittere); „indem“, zeitlich-psychologisch verstanden, er ein Leiden als Strafleiden für rechtmäßig erklärt, eröffnet er dagegen die Möglichkeit, von diesem Willensdenkakt auf den anderen sinnmäßig mit ihm verbundenen zu schließen. Damit enthüllt sich nun auch, woher es kommt, daß die Gegner bald einmal „die“ Strafbareklärung als mit verbietender Kraft ausgestattet behaupten, bald einmal aber zugeben, daß nicht jede Strafbareklärung diese Bedeutung habe.

Verstehen wir nämlich unter Strafbareklärung das begriffliche Vorstellungsbild, so schließt dieses niemals das Verbot ein, steht andererseits immer in einem Sinnzusammenhang der Art, daß es die Verbotsvorstellung als logisches — sinnbedingendes — prius voraussetzt. Hier gibt es keinen Unterschied der Fälle.

Meinen wir dagegen mit „Strafbareklärung“ den gesetzgeberischen Willensakt, so scheiden sich die Fälle. Während nämlich das logische Zusammengehörigkeitsverhältnis von Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit ein überzeitliches ist, bei ihm nur ein gedanklicher Zusammenhalt, genauer ein gedankliches Aufeinanderfolgen von zuerst Rechtswidrigkeit, dann Strafbarkeit waltet, ergibt sich für die empirischen Gesetzgebungsakte die Möglichkeit, daß zuerst das Verbot ergangen ist, und dann die Strafbareklärung nachfolgt; oder daß beide gleichzeitig ausdrücklich ergehen; oder daß die gesetzliche Erklärung, die auf Strafbarkeit lautet, ganz isoliert steht. In den beiden ersten Fällen bedarf es gar keiner Schlußfolgerung, um von dem Strafgesetz her auf die Rechtswidrigkeit zu sprechen zu kommen. Im letzteren Falle brauchen wir sie, aber nicht so, daß hier auf einmal die Strafbarkeit, vor der der Gesetzgeber spricht, einen anderen Sinn als sonst hätten, sondern so, daß wir sein Schweigen dahin deuten, daß er außer ihr auch das Verbot wollte<sup>31)</sup>.

<sup>31)</sup> Damit fällt auch Licht auf den Selbstwiderspruch der Gegner (vgl. oben S. 47). Es sind eben weder „in der Strafbareklärung 2 Rechtsätze vereinigt“, noch ist jener „1 Rechtssatz, der das Verbot ausspricht“:

Die Klarlegung, daß es nicht der Inhalt der Strafbareklärung ist, in dem das Verbot läge, sondern daß es sich um eine Schlußfolgerung aus dem tatsächlichen Willensakt handelt, eröffnet zugleich das Verständnis derjenigen gesetzgeberischen Vorgänge, die in der Aufhebung der Strafbarkeit und nur der Strafbarkeit bei Gesetzen vom Schlage des § 175 StGB. bestehen. Die Gegner müssen hier entweder den gesetzgeberischen Willen vergewaltigen und das Verbotensein der Handlungsweise nunmehr leugnen, oder sie müssen in die in den Inhalt der Äußerung: das Verhalten solle straflos sein, eine „verbietende Kraft“ hineinheimnissen<sup>32)</sup>. Wer sich aber einmal davon überzeugt hat, daß die Strafbareklärung keinen verbotenden Inhalt hatte, sondern der gesetzgeberische Vorgang mit der Strafbareklärung zugleich einen von uns schlußfolgernd gewonnenen, inhaltlich-begrifflich von ihr geschiedenen selbständigen Verbotsatz mitbrachte, für den bedeutet die nunmehrige Strafslosklärung als solche eben nur die Lossagung von der Strafbareklärung, und es ist Sache der Vertiefung in die gesetzgeberische Vorstellungswelt, um zu bestimmen, ob die Mitaufhebung des Verbots gewollt sei oder nicht; und wo der Gesetzgeber den Willen der Nichtmitaufhebung hat klar hervortreten lassen, da bleibt eben der Verbotsatz bestehen.

Damit sind aber weiter auch die Grenzen klargelegt, innerhalb deren die Schlußfolgerung vom Strafgesetz auf das Verbot als mitgewollten Rechtssatz statthaft ist. Zunächst erhellt, daß der Schluß (nicht bloß da, wo anderweit vorher oder zugleich das Verbot ausgesprochen wird, sondern auch) da entfällt, wo die Strafbareklärung ausdrücklich für eine von demselben oder einem anderen Willenssubjekt erst künftig zu erlassende Verbotsbestimmung bereitgestellt wird (Blankett). Über diese Möglichkeit gleitet die gegnerische Lehre leicht hinweg mit der These, daß die Strafbareklärung „regelmäßig“ auch das Verbot enthalte<sup>33)</sup>. Aber wenn die Äußerung „ich erkläre das und das für strafbar“ verbietende Kraft hat, d. h. also das Verbot mitbedeutet, wie kann sie rein nach Willkür des Gesetzgebers auch einmal dieser Bedeutung ermangeln? In Wahrheit

Sondern in der Strafbareklärung ist immer nur 1 Rechtssatz enthalten, der eben auf Strafbareklärung, und nicht auf Verbot lautet. Aber der Akt, durch den der Gesetzgeber diesen einen Rechtssatz ausspricht, befähigt uns, da, wo wir sonst keine Handhabe für die Feststellung des anderen Rechtssatzes haben, auf diesen zu schlußfolgern.

<sup>32)</sup> Vgl. oben S. 46.

<sup>33)</sup> Vgl. Frank S. 3.



meint der Gesetzgeber in allen Fällen dasselbe, wenn er „Strafbarkeit“ sagt, nur soll eben in den Blankettfällen diese Rechtsfolge erst bei künftigem Verbot sich ergeben. Der Gesetzgeber erklärt direkt über das Verbot jetzt nichts sagen zu wollen, so daß sich folgeweise die Strafbareklärung erst später gebrauchsfertig gestaltet. Nach der gegnerischen Lehre sagt der Gesetzgeber in jeder Strafbareklärung: „hiermit verbiete ich“; und wollten deren Anhänger sagen: nun, die Strafbareklärung ist ja selber bedingt; so würden sie zu der Formulierung gelangen:

Ich, der Gesetzgeber, erkläre hiermit für den Fall des künftigen Verbotserlasses für strafbar und (so müssen sie ja fortfahren) damit, also für diesen Fall, für verboten;

also: ich erkläre schon jetzt für den Fall künftigen Verbots für verboten! Denn wenn die Strafbarkeit die verbietende Kraft mitbedeutet, so steckt eben in der bedingten Strafbareklärung das entsprechend bedingte Verbot. Also ein Verbot, bedingt dadurch, daß es künftig erlassen wird.

Weiter ist zu beachten, daß jede Schlußfolgerung schlüssigerweise kein weiter reichendes Ergebnis liefern kann, als die Prämissen genau zusammenstimmen. Für uns lautet die propositio major:

Eine gesetzgeberische Strafbareklärung ist sinnlos, wenn das in bezug genommene Verhalten im eigenen Sinne des Gesetzgebers schlechthin nicht rechtswidrig ist, (wohingegen solche Sinnlosigkeit nicht behauptet werden kann, wenn dieses Verhalten vom Gesetzgeber teils als nicht rechtswidriges, teils als rechtswidriges vorgestellt wird: alsdann wäre Sinnlosigkeit nur für eine Beziehung der Strafbarkeit auf jene erste Gruppe von Verhaltensfällen gegeben).

Es schließt sich die propositio minor an (wobei ich mich des § 175 StGB. als Beispiels bediene):

„Widernatürliche Unzucht ist strafbar<sup>34)</sup>.“

Conclusio: Also liegt im Blickfelde des Gesetzgebers die Vorstellung, daß die widernatürliche Unzucht nicht schlechthin nicht rechtswidrig sein kann, sondern bei ihr mindestens eine Gruppe von Fällen vorhanden ist, die rechtswidrig ist. M. a. W. der Schluß verbürgt nur, daß irgendwie ein die widernatürliche Unzucht treffendes Verbot da ist, ohne dessen Umfang zu fixieren.

<sup>34)</sup> „ist strafbar“: abgekürzt für: „bedingt die Strafbarkeit dessen, der sie begeht“.

Davon, daß eine restlose Rechtswidrigkeit der widernatürlichen Unzucht zum Vorschein käme, ist natürlich gar keine Rede. Und das stimmt genau dazu, daß man, bevor man abschließend sagen kann, in welchem Umfange solches Verhalten rechtswidrig ist, eben erst die Liste der Unrechtsausschließungsgründe heranziehen muß.

Die genauere Festlegung des Umfangs der Rechtswidrigkeit ergibt sich nun aber aus dieser Liste in Verbindung mit dem Schweigen der Rechtsordnung über weitere Fälle ausgeschlossenen Unrechts. Also ist die abschließende Formel:

Widernatürliche Unzucht ist „im allgemeinen“ rechtswidrig, d. h. insoweit als nicht die in der Rechtsordnung hervortretenden Unrechtsausschließungsgründe eingreifen.

Das ist ganz das Ergebnis, zu dem auch die Gegner gelangen und gelangen wollen. Aber ihre Methode ist so, daß sie der Probe nicht standhält.

Ihr Grunddogma ist das, daß die Rechtswidrigkeit (scil. in den Fällen, wo nur die gesetzliche Strafbarerklärung isoliert gegeben ist) implicite in der Strafbarkeit enthalten ist. Also propositio major: „Strafbarkeit = Rechtswidrigkeit + ein weiterer Bestandteil“;

$$S = R + x.$$

Ist nun widernatürliche Unzucht strafbar

$$\text{w. U.} = S,$$

$$\text{so ist w. U.} = R + x$$

= widernatürliche Unzucht ist rechtswidrig und hat den weiteren zusätzlichen Bestandteil der Strafbarkeit in sich. (Forts. folg.)

## Über den Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft. (III.)

Von

Privatdozent Dr. C. A. Emge, Gießen.

(Schluß.)

### III. Kap. Die sog. „philosophische“ Geltung.

#### § 15. Grundsätzliches.

Die Frage nach der sog. philosophischen Geltung bezieht sich auf die Verbindlichkeit der gesetzlichen Anordnung. Entspricht ihrem Inhalt ein wirkliches Sollen der Adressaten? Ist deren

Verhalten nur dann richtig, wenn es den Gesetzen gemäß verläuft<sup>1)</sup>? Fragt man anstatt nach der Pflicht zu folgen nach dem „Recht“ zuwider zu handeln, so wirft man das Problem der Revolution als berechtigter Gewaltanwendung auf, dessen Behandlung dann ganz entsprechend ist.

Dreierlei Fragen sind auseinanderzuhalten, die oft zusammengeworfen werden:

1. Wann darf jemand Gesetzgeber sein? Wir können statt dessen auch allgemeiner fragen: Wann darf jemand die höchste Gewalt, die er auf einem Raumteil erlangt hat, verwerten? (Problem der berechtigten Souveränität, auch „Rechtfertigung des Staates“ genannt.)
2. Wenn die Berechtigung zu 1. bejaht wird, welche Gesetze soll er erlassen? (Problem des „richtigen Gesetzes“<sup>2)</sup>“.)
3. Wie sollen sich die Untertanen verhalten, wobei man nun wieder fragen kann: bei einem unberechtigten Gesetzgeber? (Verneinung der Berechtigung zu 1.), bei unrichtigen oder richtigen Gesetzen eines berechtigten Gesetzgebers? (Bejahung der Berechtigung zu 1.). — Problem der sog. philosophischen Geltung. —

Die erste Frage, wann darf jemand Gesetzgeber sein, wann darf er die Souveränität verwerten, läßt sich nur so beantworten: Er darf es stets dann, aber auch bloß dann, wenn hierdurch die von der vorausgesetzten Geschichtsphilosophie erkannte gesollte Entwicklung der histor. Situation auf unserem Planeten gefördert wird. Da nun, wie wir in § 13 sahen, der „höchste Gewalthaber“ begriffsnotwendig derjenige ist, der auf dem betreffenden Raumteil die sog. „Rechtssicherheit“ am besten verwirklichen kann, andererseits der dieser entsprechende Zustand meist als unerläßliches Mittel zur Verwirklichung der gesollten Geschichtstendenzen erscheint, ist es üblich, die Frage dahin zu beantworten, daß der Souverän sich stets als solcher behaupten und betätigen darf und soll. Diese Lösung ist aber schematisch und dogmatisch. Es kommt ja doch darauf an, welche Entwicklung die historische

**Zu § 15.** <sup>1)</sup> Wir haben in der Abhandlung „Philosophie und Recht“ und in einer noch erscheinenden Besprechung von Fuchs („log. Studien“) für dieses Archiv näher dargelegt, daß man genauer auf Grund des höchsten ethisch-metaphysischen Prinzips zunächst nur zu fragen hat, welche Situation richtig ist. Das „Sollen“ ergibt sich erst, wenn man auf dieses Richtige einen widerstrebenden Willen, das „Dürfen“, wenn man darauf einen konform gerichteten Willen bezieht. Wir wollen aber im folgenden von dieser feineren Unterscheidung absehen und überall einfach von „Sollen“ reden, zumal ja das Recht widerstrebende Willen voraussetzt.

<sup>2)</sup> Vgl. § 5 Anm. 2.

Lage unseres Planeten nehmen soll, was konkret für dieses Volk dieses, für ein anderes jenes bedeuten kann. Die sog. Rechtssicherheit ohne weiteres stets als notwendiges Mittel der gesollten Entwicklung ansehen, heißt jeden Imperativ eines höchsten Gewalthabers ohne Rücksicht auf die Gesamtsituation und seinen Inhalt zur Rechtsnorm machen, d. h. zum ethisch verpflichtenden Satz. Man übersieht, daß die Anwendung des ethischen Prinzips, die die Geschichtsphilosophie vollzieht, die Auflösung eines Staates, ja sogar den Untergang eines Volkes ergeben könnte <sup>3)</sup>!

Die zweite Frage ist nur dann zulässig, wenn man dem faktischen höchsten Gewalthaber ein ferneres Beibehalten seiner Stellung zur Pflicht macht. Er soll dann solche Gesetze erlassen, wie sie als Setzungen eines Souveräns in dieser konkreten Situation vom Standpunkt der geschichtsphilosophischen Betrachtung aus erforderlich sind. Fallen sie so aus, so haben sie zugleich „ideale Geltung“ im Sinne des im § 3 unter 4 aufgestellten Geltungsbegriffs. Mehr kann ohne Geschichtsphilosophie hier nicht ausgeführt werden (eine „ideale Geltung an sich“ gibt es also nicht!).

Die dritte Frage geht auf das Verhalten der Untertanen. Auf sie bezieht sich das Problem der sog. philosophischen Geltung. Auch hier muß die Antwort allgemein lauten: Ist der konkrete Souverän als solcher berechtigt, sind ferner seine Gesetze inhaltlich richtig, so ist bereits das konkretisierte ethische Prinzip auf die Gesamtsituation mit dem Erfolg angewandt, daß die faktischen Imperative notwendig ein verbindliches Sollen der Untertanen ergeben. Nicht verbindliche Gesetze soll man nicht machen, sie sind stets unrichtig. Eine andere Möglichkeit besteht hier nicht. Richtige Gesetze eines berechtigten Souveräns, d. h. also „idealgeltende Gesetze“, ergeben philosophisch geltende Normen; aus ihnen entspringt stets eine Rechtsnorm, d. h. eine Verpflichtung im ethischen Sinne, der schlechthin zu folgen ist. Aus unrichtigen Gesetzen eines an sich berechtigten Souveräns und aus Gesetzen eines nicht berechtigten Souveräns (richtige gibt es

<sup>3)</sup> Die Folgen dieser Anschauung sind unermeßlich. Man sieht, daß es in Wahrheit geschichtsphilosophische Auffassungen sind, die in „möglichen“ Parteien gegeneinander stehen. Da unsere Abhandlung die Stellung der Geschichtsphilosophie aufzeigt, eine bestimmte jedoch nicht akzeptiert, so kann in ihr für konkrete politische Urteile kein Rechtsgrund gefunden werden!



hier ja nie!) kann eine Rechtsnorm und damit zugleich die philosophische Geltung nur dann entspringen, wenn das entsprechende Verhalten der Untertanen die gesollte Geschichtsentwicklung mehr fördert als das entgegengesetzte, das Zuwiderhandeln. Bejaht man diese Förderung, so entspringt demnach auch hier, sowie stets aus „ideal geltenden“ Gesetzen, aber auch nur in diesen Fällen, eine entsprechende Rechtsnorm, d. h. ein philosophisch geltender, ethisch verbindlicher Normsatz. Wir verstehen nun unter Recht auch im positiven Sinne stets Normen, welche wirklich verbindlich sind, ethisch verpflichten, also philosophisch gelten<sup>4)</sup>. Eine Rechtsnorm ergäbe sich demnach in folgenden Fällen: a) stets aus „ideal geltenden“ Gesetzen; b) auch dann aus anderen, wenn ihre Befolgung an Hand des geschichtsphilosophischen Prinzips ein wertvolleres Ergebnis erwarten läßt als die Zuwiderhandlung. Überall dort also, wo wir Recht in dogmatischem Sinne<sup>5)</sup> behaupten, setzen wir a oder b voraus. Rechtsnormen sind stets verbindlich. Recht ist immer richtig, wenn nur die dogmatische Behandlung der Gesetze richtig war. Die Frage aber, wann positive Gesetze einer konkreten Situation als Erkenntnisgrund für Rechtsnormen tauglich sind, ist nur auf Grund der Geschichtsphilosophie<sup>6)</sup> zu beantworten.

### § 16. Geltungsfragen analoger Art.

Analoge Geltungsfragen sind bei allen Normsätzen empirischer Art möglich. Bei allen „Bestimmungen“ also, die sich an eine Person richten (Willens- oder Wunschsätzen mit Adressaten), ist die Frage nicht nur möglich, sondern geboten, herausgefordert, ob dem in dem betreffenden soziolog. Akt behaupteten Sollen ein wirkliches entspricht, ob der angemaßte Anspruch verpflichtet: z. B. der Vater befiehlt etwas seinem Sohn; der Lehrer dem Schüler; der Ehemann wünscht etwas von seiner Frau. Gegenstand des Befehls oder des Wunsches als einer Bestimmung ist ein Sollen des Sohnes, des Schülers, der Ehefrau gemäß dem Bestimmungsinhalt. Sollen der Sohn, der Schüler, die Ehefrau nun

<sup>4)</sup> Vgl. unsere Abhandlung, zitiert § 3 Anm. 7.

<sup>5)</sup> Der Rechtsbegriff der Geschichtswissenschaft hat eine ganz andere Struktur. Vgl. auch hierüber die in Anm. 2 zitierte Abhandlung.

<sup>6)</sup> Die hier gemeinte Geschichtsphilosophie ist gegenüber der z. Zt. allein vorhandenen (bloß erkenntnistheoretischen) am besten als teleologisch zu bezeichnen.

wirklich so handeln? Wir können sagen: Nie bloß deshalb weil der Vater, der Lehrer, der Ehemann diese Bestimmung erlassen hat, sondern nur dann, wenn es eine höhere Norm, ein ethisches Prinzip gibt, das erkennen läßt, daß in diesem Fall die konkrete Bestimmung zu befolgen ist. Also dann, wenn die Befolgung das überhaupt Gesollte mehr fördert als die Zuwiderhandlung! Demnach stets bei ethisch richtigen Akten des Vaters, Lehrers und Ehemanns, da in diesen Fällen die Befolgung durch die betreffenden Bestimmungen gerade herbeigeführt werden soll, der Befehl oder Wunsch ja sonst keinen Sinn hätte, also unmöglich ethisch richtig sein könnte! Die entsprechende Frage lautet in all diesen Fällen: Entspricht dem prätendierten Sollen ein wirkliches im ethischen Sinne? Überall da also, wo Machtverhältnisse, aber auch sonstige soziale Beziehungen vorliegen, aus denen sich solche Bestimmungen ergeben, ist die Frage geboten, ob sie ein „Recht auf Befolgung“ haben.

### § 17. Ergebnis.

Wir finden folgende wichtige Problemgruppen, von denen der sog. philosophische Geltungsbegriff abhängt:

1. „Bestimmungssätze“, also apriorische Gebilde besonderer Art, und unter diesen die Normsätze.
2. Die Problematik einer konkreten historischen Situation, aus der die Bestimmung erwächst. Sie ist — geschichtlich im weitesten Sinne — nie vollendet erkennbar. Auch die mutmaßliche Folge der Bestimmungen, ihre Wirkung („Zukunftsgeschichte“) gehört in diese Situation hinein.

Sie bildet das empirische Material<sup>1)</sup>. Auf dieses ist anzuwenden:

3. das metaphysisch-ethische Prinzip, aber schon konkretisiert, also nicht mehr ganz abstrakt. Dieses Prinzip gibt erst die Möglichkeit, an Hand des empirischen Materials das wirklich Gesollte zu erkennen.

Suchen wir nach einer Bezeichnung, die das Wesen dieses Begriffs der Geltung verdeutlicht: Die historische Situation mit den konkreten Bestimmungen konkreter Machthaber ist empirisch, das metaphysisch-ethische Prinzip an sich apriorisch. Die Konkretisierung dieses Prinzips dadurch, daß man den gesollten Geschichtsverlauf unseres Planeten feststellt, setzt schon Verwendung empirischen Materials voraus. Das Prinzip zu 3 kann also

---

Zu § 17. <sup>1)</sup> Sie ist Gegenstand der Geschichtswissenschaft!

schon nicht mehr rein apriorisch genannt werden. Die Anwendung auf das gleichfalls empirische Material zu 2 ergibt dann ein verbindliches Sollen, das durchaus apriorisch-empirischen, d. h. gemischten Charakter besitzt. Es entspricht dem, was wir gewöhnlich „ethisch“ nennen; das ethisch Gesollte ist als concretes stets apriorisch-empirisch. Das rechtlich Gesollte ist stets ethisch Gesolltes; dieses aber nicht immer rechtlich Gesolltes<sup>2)</sup>. Wir werden also am besten von dem Problem der ethischen Geltung in der Rechtswissenschaft sprechen, da die Bezeichnungen „philosophisch“ oder „rechtsphilosophisch“ das wesentliche nicht erkennen lassen.

## IV. Kap. Die „ideale“ Geltung.

### § 18. Ihr Charakter.

Die Frage nach der „idealen Geltung“ ist die Frage nach dem „richtigen Gesetz“. Wie soll das Gesetz sein? Soll es überhaupt nicht sein, oder soll dieser in der betreffenden Situation kein höchster Gewalthaber sein, so kann das Gesetz nicht richtig sein. Da sich der gesollte Geschichtsverlauf nicht spontan vollzieht, bedarf es der Vorschriften höchster Gewalthaber<sup>1)</sup>. Sie sind aber nur dann berechtigt, wenn sie als Rechtsgrund die Erzielung eines höheren Zustandes<sup>2)</sup> für sich in Anspruch nehmen können. Gesetz also soll sein. Nicht immer zwar, sondern da, wo es das erforderliche Mittel im Dienste des metaphysisch-ethischen Prinzips ist. Daraus folgt, daß eine Bestimmung an sich niemals „ideale Geltung“ haben kann. Für jeden Normsatz ist eine bestimmte Situation denkbar, in der er ein „ideal geltendes“ Gesetz, für jeden solche, in denen er es nicht sein würde. Die Vorschriften des Dekaloges sind nur als Gesetze einer bestimmten historischen Periode „ideal geltend“. Ohne Geschichtsphilosophie im Sinne einer Wissenschaft, die die gesollte Entwicklung der Verhältnisse unseres Planeten ergründet<sup>3)</sup>, läßt sich weder sagen, ob jemand

<sup>1)</sup> Vgl. unsere Besprechung von Fuchs (log. Studien) fürs Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.

Zu § 18. <sup>1)</sup> Vgl. unsere Abhandlung „Philosophie und Recht“. Nur, wenn das höchste Prinzip entweder dahin ginge, daß Gewalt stets oder daß sie nie sein sollte, würde sich das Gesagte modifizieren. Daß so das höchste Prinzip lautete, ist schon logisch unwahrscheinlich.

<sup>2)</sup> „Höher“ vom Standpunkt der teleologischen Geschichtsentwicklung aus!

<sup>3)</sup> „Findet“, nicht „befiehlt“.

die Souveränität auf einen bestimmten Raumteil haben, noch was er als Souverän setzen soll<sup>4)</sup>).

Die ethischen Forderungen, denen ein konkreter Souverän gegenüber steht, entspringen also nur aus der Geschichtsphilosophie. Wie verhalten sich aber hierzu die Forderungen des sog. Völkerrechts? Wir erwähnten schon oben, daß es kein „Recht“ ist<sup>5)</sup>, daß also der Gesetzgeber keine „Rechtsansprüche“ zu erfüllen hat, wenn er eine Norm für seine Gesetze sucht. Beim „Völkerrecht“ haben wir hauptsächlich folgendes Tatsachenmaterial, auf welches das metaphysisch-ethische Prinzip anzuwenden ist, um verbindliche Forderungen für die einzelnen Souveräne zu finden: faktische Beziehungen von Staaten zueinander; faktische soziologische Akte zwischen ihren Souveränen; faktische Auffassungen über das, was diese auf Grund jener Akte sollen. Ein Inbegriff von letzterem ist das Völkerrecht in seiner heutigen Form. Nur die katholische Rechtswissenschaft<sup>6)</sup> hat bisher über dieses Gebilde das höhere Bewußtsein erreicht. Es ist also ein und dieselbe Geschichtsphilosophie, welche erkennen läßt, sowohl was aus diesem Tatsachenkomplex als wirklich verbindliche Normen für die Souveräne entspringt (also den Rechtsgrund für ein wirklich normatives Völkerrecht ermöglicht), als auch was auf dem „völkerrechtsfreien Raum“, dem Gebiet der sog. „subjektiven Rechte“ des Völkerrechts, und dort, wo es den Souveränen ihre Entscheidungen freistellt<sup>7)</sup>, mit „idealer Geltung“ zu setzen ist.

Analoge Fragen, wie die nach der „idealen Geltung“ des Gesetzes, finden wir bei den Bestimmungen des Vaters gegenüber dem Sohn, des Lehrers gegenüber dem Schüler, des Ehemanns gegenüber seiner Frau. Wir haben entsprechende Probleme überall dort, wo jemand „soziale Akte“ vornehmen will.

Liegt „ideale Geltung“ einer Bestimmung vor, so ist die Frage nach dem verbindlich Gesollten des Adressaten bereits bejahend gelöst. Soll jemand wirklich etwas Konkretes bestimmen, so soll die Bestimmung auch befolgt werden. Es können allerdings stets neue Situationen eintreten, die die A u f f a s s u n g über das konkret Gesollte modifizieren. Dann war eben die historische Situation nicht richtig erkannt<sup>8)</sup>, das Sollensurteil also unrichtig. Aus

<sup>4)</sup> Das ist dem Slawen längst geläufig; wir haben uns durch positivistische Einstellung lange Zeit hindurch die Einsicht hierfür verschlossen.

<sup>5)</sup> § 8.

<sup>6)</sup> Die Philosophie natürlich schon lange.

<sup>7)</sup> Zumeist das Gebiet der sog. inneren Politik; auf dem der sog. äußeren dort, wo der Souverän nach Belieben Verträge abschließen darf.

<sup>8)</sup> Sie ist ja niemals vollendet erkennbar. Vgl. § 5.



der Pflicht, „ideal geltenden“ Bestimmungen zu folgen, darf man aber nicht mit manchen Naturrechtlern folgern, daß nicht ideal geltenden Bestimmungen nicht gleichfalls ein verbindliches Sollen entspringen könne. Ein Anspruch auf Befolgung besteht also oft da, wo man keinen Anspruch darauf hatte, die Bestimmung so zu fassen, wie sie gefaßt wurde!

Wir finden demnach folgende wichtige Problemgruppen, von denen der sog. „ideale Geltungsbegriff“ abhängt:

1. Die Problematik einer konkreten historischen Situation, aus der die fragliche Bestimmung erwachsen soll.
2. Normen der Geschichtsphilosophie, die erkennen lassen, sowohl ob der faktische Souverän sich als solcher behaupten soll, als auch das, was er in dieser Situation setzen soll.

Die Frage nach der „idealen Geltung“ ist die des richtigen Gesetzes; sie ist der des richtigen Erziehungsbefehls, des richtigen Wunsches, ja den Fragen nach den Bedingungen der Richtigkeit aller sozialen Akte analog. Wir halten daher für sie die Bezeichnung „ideal“ für glücklich. Sie deutet auf das „überhaupt Gesollte“, das metaphysisch-ethische Prinzip, die „Idee“ hin, bezeichnet aber doch schon deren Konkretisierung an der Hand empirischen Materials. Wir werden also am besten von dem Problem der idealen Geltung in der Rechtswissenschaft sprechen.

## § 19. Schluß.

Die Problemkreise der besprochenen Geltungsfragen in der Rechtswissenschaft berühren sich mannigfach. Die Frage nach der immanenten Geltung setzt, konkret gestellt, Rechtsnormen voraus. Damit solche vorliegen, bedarf es eines „höchsten Gewalthabers“. Dieser Begriff kann selbst nur durch Bezugnahme auf den Geltungsbegriff im tatsächlichen Sinne gebildet werden. Es müssen aber ferner auch die Gesetze für die Geltung im ethischen Sinne maßgebend sein. Die Frage nach der Geltung im tatsächlichen Sinne von Rechtsnormen setzt faktisch die Geltung der betreffenden Normen im immanenten Sinne voraus, logisch stets den Rechtsbegriff und damit alles soeben erwähnte. Die Frage nach der Geltung im ethischen Sinne hat ihrerseits noch die besondere Beziehung zum idealen Geltungsbegriff, da sie bei idealer Geltung des gesetzlichen Normsatzes stets zu bejahen ist.

Wir können also mit Binder <sup>1)</sup> sagen: „Was nicht gilt, ist nicht Recht.“ Wir meinen aber dabei die Geltung im ethischen Sinne. Die tatsächliche Geltung braucht nicht vorzuliegen; eine Beziehung zu diesem Begriff besteht allerdings bei dem des „höchsten Gewalthabers“, den der Rechtsbegriff voraussetzt. Das Recht ist stets richtiges Recht. Eine falsche Dogmatik stellt eben nicht das Recht, sondern tatsächlich etwas anderes als solches fest. Die Frage nach der Richtigkeit als Problem der idealen Geltung ist nur bei dem Gesetz korrekt. Nicht ideales Gesetz kann aber trotzdem Recht (damit stets: richtiges!) ergeben.

Wir haben mit Absicht die Kasuistik der Frage vermieden, wann denn ein nicht ideal geltendes Gesetz Anspruch auf ethische Geltung hat und somit Erkenntnisgrund für Rechtsnormen wird. Es ist zurzeit bei dem Fehlen einer entsprechenden Geschichtsphilosophie unmöglich, diese Fragen wissenschaftlich zu behandeln. Sicher ist aber, daß ein konkreter Inhalt eines Gesetzes die ethische Verbindlichkeit ausschließen kann <sup>2)</sup>. Etwas, was seiner äußeren Form nach, auf Gesetzen eines höchsten Gewalthabers beruhend, als Recht erscheint, kann es demnach gerade des Inhalts der betreffenden Gesetze wegen nicht sein! Es ist aber von unserem Standpunkt aus falsch, einen absolut unrichtigen und absolut unmaßgeblichen Gesetzesinhalt zu behaupten, wie es die katholische Rechtsphilosophie tut <sup>3)</sup>.

\*

Unsere Auffassung über das Apriorische scheint nicht fern von der Zitelmanns zu liegen. Er betont schon 1888 in seinem Aufsatz über die Möglichkeit eines Weltrechts (Neudruck) S. 9, daß das Recht „als Stoff seiner Ordnung“ „mögliche Handlungsinhalte“ habe, die ihm „gegeben“ seien. Später S. 29 f., daß der „mögliche Inhalt der ursprünglichen Verträge“ für jedes Volk derselbe sei. Es werden sogar a. a. O. ausdrücklich Kauf, Tausch, Sozietät, Mandat, Depositum, Miete, Darlehn usw. als solche ursprüngliche Formen aufgezählt. Danach ist anzunehmen, daß Zitelmann die apriorische Entwicklung dieser Arten, wie sie Kant in seiner Metaphysik der Sitten § 31 und von den späteren z. B. Trendelenburg, Naturrecht, S. 105, versuchten, billigt. (Vgl. auch bei Zitelmann die für die damalige Zeit unerhörten Bemerkungen über ein „positives Naturrecht“, S. 8.) Er kennt aber nicht nur solche ursprüngliche, d. h. reine Vertragsarten, sondern auch Gebilde wie Irrtum, Zwang, Geschäftsfähigkeit u. a. von überpositiver

**Zu § 19.** <sup>1)</sup> Rechtsbegriff und Rechtsidee S. 63. Dazu unsere Besprechung in den Kantstudien XXI S. 448 f. Vgl. ferner die § 1 Anm. 4 zitierte Literatur.

<sup>2)</sup> Es ist schon deshalb falsch, mit Somlo die Unterscheidung von Rechtsinhalts- und Rechtsformwissenschaften aufzustellen; darüber ausführlicher in unserer Abhandlung „Philosophie und Recht“.

<sup>3)</sup> Sie handelt aber von ihrer Religions- und Geschichtsphilosophie aus folgerichtig!

Struktur, S. 29 f. So betont er S. 30, daß der Unterschied von Suspensiv- und Resolutivbedingung, von Stellvertretung und Botenschaft kein spezifisch juristischer sei. — Wir sehen dann Stammler (Theorie der Rechtswissenschaft) die Prädikamente und Prädikabilien in unmittelbarem Anschluß an Kants Leistung auf dem Gebiete der reinen Vernunft (§ 10 f.) entwickeln und so in der Tat ein ganzes apriorisches Rechtsgebäude aufrichten, das als Musterleistung aere perennius ist. (Auf die Beziehung von Stammler's zu Zitelmann's Gedanken hat schon Peter Klein in „Die Möglichkeit eines Weltprivatrechts“ S. 16 hingewiesen.)

Von Zitelmanns Auffassung aus muß es nun als sinnvolles Unternehmen gelten, die „möglichen Handlungsinhalte“ zunächst einmal rein als solche, d. h. also soziologisch festzustellen. Da die Erfahrung dabei bloß „fragmentarisches“ Material zu liefern vermag (Kant a. a. O. § 31 am Anfang), so kann es sich hier nur um eine apriorische Feststellung solcher Formen handeln. Sie ist also schon durch den Gegenstand rechtliche Regelung gefordert. Eine apriorisch-soziologische Form ist aber ferner auch vorausgesetzt bei der Bildung des Rechtsbegriffs selbst. Dieser hat ja, wie wir oben § 6 sahen, im Begriff des „höchsten Gewaltverhältnisses“ eine solche apriorisch-soziologische Grundlage. So ergibt sich u. E. mit Notwendigkeit die Aufgabe, zunächst einmal eine apriorische Soziologie zu versuchen und dann erst zu sehen, wie sich diese apriorisch-soziologischen Formen durch Aufnahmen in die rechtliche Welt (des Gesollten!) modifizieren. Es bedarf also — systemlogisch — der Feststellung: 1. der apriorisch-soziologischen Gebilde, 2. an diesen oder unter Verwendung dieser der apriorisch-juristischen. So haben wir z. B. oben in § 9 zunächst die Form der Feindschaft als eine mögliche Form der apriorischen Soziologie ermittelt, sie aber dann unter dem Gesichtspunkt der Kategorie des Rechts wieder ausgeschieden. Ganz ebenso muß es aber bei der Entwicklung der Gebilde: Versprechen, Vertrag, Forderung, Verzicht usw. geschehen. Sie sind juristisch etwas anderes als soziologisch, aber nur von der apriorischen Soziologie aus aufzubauen. Wir unterscheiden uns dabei insofern wesentlich von Reinach, als dieser nur die soziologischen Formen sah, sie sofort — unrichtig — als juristische bestimmte, also übersah, daß es die apriorisch-juristischen noch von den apriorisch-soziologischen zu unterscheiden und nach ihnen zu entwickeln gilt. Der Unterschied zu Stammler ist u. E. darin gegeben, daß wir auch dem möglichen Inhalt von Rechtsnormen vom Apriorisch-soziologischen aus vorzuarbeiten suchen und so zu viel mehr apriorischen Formen gelangen müssen als er. Das heißt natürlich nicht, daß es rein apriorisch möglich sei, anzugeben, welchen Inhalt Gesetze einer konkreten Situation haben sollen oder haben, sondern daß gewisse Begriffe des positiven Rechtssystems nur apriorisch entfaltbar sind. Z. B.: Ein bestimmtes Land kennt zu bestimmter Zeit noch keine Gesamtschuld. Wird diese später irgendwie zugelassen, so ist — systemlogisch — der Versuch geboten, den Begriff der Gesamtschuld zunächst apriorisch-soziologisch, sodann apriorisch-juristisch zu bestimmen und dann erst festzustellen, durch welche Abarten (Umbiegungen, Fiktionen) dieser reinen Formen sich das betreffende positive Recht charakterisiert. Auf das Werk von Holldack (Grenzen der Erkenntnis ausländ. Rechts) kann hier leider nur hingewiesen werden. Holldack sind Reinachs Untersuchungen nicht unbekannt. (S. 50 Anm. 1.) Er erkennt aber u. E. nicht deren Bedeutung für das von ihm behandelte Problem (anders wohl Zitelmann a. a. O. Nachwort S. 42). Wir bedauern, auch auf Wengers Abhandlung in diesem Band nicht mehr eingehen zu können; desgl. nicht auf Heft 1 der Kölner Vierteljahrshefte für Sozialwissenschaften, worin vor allem der Aufsatz von Vierkandt für uns von Wichtigkeit ist.

# Die Neubildung von Recht durch inneren Umsturz.

Von

Landgerichtsrat Dr. Ernst Weigelin in Stuttgart.

1. Wir sind gewohnt, die Änderung der Rechtsordnung durch neue Gesetze auf Grund verfassungsmäßiger Beschlüsse der Staatsorgane als die Regel anzusehen. Allein es gab Zeiten, in welchen die Entwicklung neuen Rechts aus der alten Rechtsordnung heraus unmöglich war. Solange es kein geschriebenes Recht, sondern nur Gewohnheitsrecht gab, konnte neues Recht nur entstehen, indem das alte gebrochen wurde. Wenn ein Rechtsbruch Nachahmung fand und sich die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des neuen Zustandes bildete, war das alte Recht beseitigt und das neue in Kraft getreten. Oft geschah ein solcher Rechtsbruch und dessen Heilung durch nachfolgende Übung fast unmerklich; dies war namentlich dann der Fall, wenn die Änderung nur vereinzelte und weniger wichtige Teile der Rechtsordnung betraf. Solange es an geschriebenem Rechte fehlt, geht hiernach die Veränderung des Rechts ganz denselben Weg, wie diejenige der Sitte und der Moral<sup>1)</sup>.

Mit dem Aufkommen des Gesetzesrechtes ist es möglich geworden, neues Recht auf Grund des alten hervorzu- bringen, indem die zum Erlaß von Gesetzen berufenen Staats- organe ermächtigt sind, die bestehende Rechtsordnung abzu- ändern. Dadurch wird in weitem Umfang ein Bruch der Rechts- ordnung vermieden. Dann ist es auch möglich, daß ein Gesetz ohne Rechtsbruch durch Gewohnheitsrecht abgeändert wird, näm- lich dann, wenn das Gesetz allgemein oder in gewissem Umfang das Gewohnheitsrecht als die Quelle neuer Rechtssätze an- erkennt<sup>2)</sup>. Allein die Erfahrung lehrt, daß es unmöglich ist, die Rechtsordnung ausschließlich auf diesem Wege fortzuentwickeln. In abgeschwächtem Maße entsteht auch weiterhin neues Recht durch Bruch der bisherigen Rechtsordnung, insbesondere durch Bildung von Gewohnheitsrecht, auch dann, wenn das Gesetz eine Ermächtigung hierzu nicht erteilt.

Von besonderer Bedeutung ist die Bildung neuen Rechts durch gewaltsamen Bruch der bisherigen Rechtsordnung, indem die führenden Staatsorgane von unten her beseitigt und durch neue ersetzt werden. In diesem Falle spricht man von

<sup>1)</sup> Weigelin, Sitte, Recht und Moral (1919), S. 83.

<sup>2)</sup> Kipp zu Windscheids Pandekten § 15 N. 5 a. E.



Revolution<sup>3)</sup>. Eine solche ist nicht nur beim Staate, sondern auch bei der Kirche möglich und in der Reformation geschichtliche Tatsache geworden. Der Einfachheit halber soll im folgenden nur von der staatlichen Umwälzung die Rede sein und auch das Gegenstück der Revolution, der Staatsstreich, bei welchem führende Staatsorgane ihre Rechte eigenmächtig erweitern, unberücksichtigt bleiben.

2. Daß ein gewaltsamer Umsturz stets und unter allen Umständen widerrechtlich ist, entspricht der durchaus herrschenden Meinung<sup>4)</sup>. Es ist vom Standpunkt des Rechts kein Rechtfertigungsgrund für einen gewaltsamen Bruch der bestehenden Rechtsordnung möglich. Die sittliche Beurteilung kann allerdings ein Recht oder sogar eine Pflicht zum Umsturz anerkennen, freilich nur vom Standpunkt der Kreise aus, von denen der Umsturz ausgeht, während die benachteiligten Schichten selbstverständlich zu der entgegengesetzten Beurteilung kommen müssen. Zu weit aber geht es jedenfalls, wenn v. Kirchmann<sup>5)</sup> den Satz aufstellt: „Die Revolution ist weder ein Recht noch ein Unrecht, weil für das Volk als Autorität beides nicht besteht.“ Hierbei ist verkannt, daß eine Revolution niemals vom Volke ausgeht, sondern immer nur von gewissen sich benachteiligt fühlenden Volksteilen. Diese mögen sich auf Grund ihrer Standesmoral ein Recht auf Revolution zusprechen, aber um ein Recht im Rechtssinn kann es sich hierbei nicht handeln.

Grundsätzlich ist auch davon auszugehen, daß der erste Rechtsbruch noch nicht neues Recht schafft, sondern nur dessen Vorbereitung bedeutet<sup>6)</sup>. Aber ein gewaltsamer Umsturz kann so rasch verlaufen, daß man von der plötzlichen Entstehung eines neuen Zustand billigenden „Gewohnheitsrechts“ sprechen kann<sup>7)</sup>. Daß in einem solchen Falle der Name Gewohnheitsrecht nicht paßt, ist klar, aber der Kürze halber mag er in Ermangelung

<sup>3)</sup> Nicht zu verwechseln hiermit ist die Beseitigung eines Fürsten oder einer Volksvertretung wegen fortgesetzter grober Pflichtwidrigkeit. Diese kann, als ein Akt der Selbsthilfe, unter Umständen rechtmäßig sein. Vgl. Sitte, Recht und Moral S. 138 und Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit (1903) S. 174.

<sup>4)</sup> Geyer, Geschichte und System der Rechtsphilosophie (1863) S. 212; Jhering, Der Zweck im Recht (3. Aufl. 1898) Bd. 1, S. 251; Dahn, Die Vernunft im Recht (1879) S. 216; Stammler, Wirtschaft und Recht (2. Aufl. 1906) S. 492 ff.; Nawiasky, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff (19020) S. 153.

<sup>5)</sup> Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral (2. Aufl. 1873) S. 64.

<sup>6)</sup> Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1 (2. Aufl. 1890) S. 295; Lasson, Rechtsphilosophie (1882) S. 304 ff.; Bierling, Juristische Prinzipienlehre (1894) Bd. 2, S. 58.

<sup>7)</sup> Sitte, Recht und Moral S. 54.

einer anderen allgemein anerkannten Bezeichnung auch hier gebraucht werden. Der Name umfaßt dann alles nicht ausdrücklich gesetzte Recht<sup>8)</sup>.

Die wichtigste Frage ist die nach dem Geltungsgrunde des neuen, durch gewaltsamen Umsturz geschaffenen Rechts, also insbesondere der Rechtsstellung der neuen führenden Machthaber. Diese Frage beantwortet sich genau so, wie die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts überhaupt. Die Rechtswissenschaft als solche kann sie nicht lösen, nur die Rechtsphilosophie und die Soziologie können die Antwort darauf geben. Zu diesem Zweck muß vor allem Klarheit darüber geschaffen werden, von wem eigentlich die Befehle der Rechtsordnung ausgehen. Ist das Subjekt der Befehle der Rechtsordnung erkannt, so muß sich daraus erklären, warum die Glieder eines Volkes seinen Befehlen Folge zu leisten haben.

Im Staate der Neuzeit, in welchem die Gesetze den Hauptbestandteil der Rechtsordnung ausmachen, kann der Schein entstehen, als ob die Gesetzgeber die Subjekte der Rechtsnormen wären, da sie es sind, welche die Gesetze beschließen und als verbindlich verkünden<sup>9)</sup>. Allein dies trifft zunächst einmal für das Gewohnheitsrecht nicht zu. Auch kann kein Gesetzgeber auf Grund eigenen Rechts Gesetze geben, sondern er bedarf hierzu einer Ermächtigung, die in der Regel auf dem Verfassungsgesetz, letzten Endes aber auf Gewohnheitsrecht beruht<sup>10)</sup>. Daß die Gesetzgeber selbst nicht die Subjekte der von ihnen verkündeten Gesetze sind, geht deutlich daraus hervor, daß die Gesetze auch nach dem Wegfall ihrer Urheber fort dauern<sup>11)</sup> und daß der Gesetzgeber seinem Gesetze selbst unterworfen ist<sup>12)</sup>. Nicht minder spricht gegen die Subjekteigenschaft der Gesetzgeber die allgemeine Übung, die Gesetze nicht nach dem Willen ihrer persönlichen Urheber, sondern nach objektiven Gesichtspunkten auszulegen<sup>13)</sup>. Das Recht ist vielmehr, ebenso wie Sitte und Moral,

<sup>8)</sup> Somló, Juristische Grundlehre (1917) S. 350, 352.

<sup>9)</sup> Vgl. zum folgenden Sitte, Recht und Moral S. 67 ff.

<sup>10)</sup> Bierling a. a. O. Bd. 2, S. 321; Jung, Das Problem des natürlichen Rechts (1912) S. 105; Huber, Zeitschrift für Rechtsphilosophie Bd. 1, S. 71.

<sup>11)</sup> Jellinek, Allg. Staatslehre (2. Aufl. 1905) S. 138; Lasson a. a. O. S. 292; Bierling a. a. O. Bd. 1, S. 125.

<sup>12)</sup> Stammer, Wirtschaft und Recht S. 487 ff.; Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik (2. Aufl. 1868) S. 442; Simmel, Soziologie (1908) S. 208; A. M. v. Kirchmann a. a. O. S. 150; Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee (1915) S. 85.

<sup>13)</sup> Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1914) S. 190; Reichel, Gesetz und Richterspruch (1915) S. 70; Wüstendörfer, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 9, S. 310.

Ausfluß des in einem Volke oder Volksteile herrschenden Gesamtwillens. Dieser Begriff ist nicht rechtlicher, sondern soziologischer Natur, aber gerade dann unentbehrlich, wenn es sich um die Konstruktion der Grundlagen des Rechts handelt.

Der Begriff des Gesamtwillens wird hauptsächlich durch den Hinweis darauf bekämpft, daß ein von den Einzelwillen getrennter, gewissermaßen über ihnen schwebender Gesamtwille offenbar nicht existiere, seine Annahme daher eine unzulässige Fiktion bedeute. Allein damit ist der Begriff unrichtig gekennzeichnet. Unter dem Gesamtwillen ist die in der Vorstellung der einzelnen vorhandene übergeordnete Willensmacht zu verstehen, wie sie durch die Teilnahme der Einzelwillen an der Bildung der gesellschaftlichen Ordnung (des Rechts, der Moral und Sitte, der Sprache, der Religion) zustande kommt. Es entspricht der ursprünglichen Anlage des Menschen als eines gesellschaftlichen Wesens, an der Bildung einer solchen übergeordneten Willensmacht mitzuarbeiten. Vor allem zeigt sich diese Richtung des Einzelwillens in dem Trieb zur Aufrechterhaltung der bestehenden Gewohnheiten. Außerdem trägt aber der Einzelwille teils bewußt, teils unbewußt zur Fortentwicklung dieser Ordnung bei, indem er bald da, bald dort ein gewisses Verhalten als Regel fordert, mit dessen Verwirklichung vorangeht oder sich anderen führenden Persönlichkeiten anschließt. Hat sich nun, insbesondere unter dem Einfluß der Wechselwirkung der Einzelwillen, eine Ordnung in dem Sinne durchgesetzt, daß sie aus Überzeugung und mit dem Gefühl der Verpflichtung überwiegend anerkannt und befolgt wird, so wird sie als eine überindividuelle und einheitliche empfunden und ist damit der weiteren Verfügung der Einzelwillen, die sie angeregt haben, entzogen. Darin, und allerdings nur darin, besteht die Wirklichkeit des Gesamtwillens<sup>14)</sup>. Zugleich ergibt sich aber daraus die Vorstellung des höheren Rangs des Gesamtwillens und die Verpflichtung des einzelnen zum Gehorsam gegenüber dieser Willensmacht.

Der Name „Gesamtwille“ ist allerdings dazu angetan, Mißverständnisse hervorzurufen. Es sei daher ausdrücklich hervorgehoben, daß darunter nicht etwa der Wille aller Glieder eines Verbands zu verstehen ist; ebensowenig bedeutet er den Willen der zahlenmäßigen Mehrheit. Gerade bei der Gestaltung einer neuen Ordnung größeren Umfangs sind es nicht selten wenige

<sup>14)</sup> Wentscher, Ethik (1902) Bd. 2, S. 235; Simmel a. a. O. S. 539; Wundt, Ethik (3. Aufl. 1903) Bd. 2, S. 59 ff.; System der Philosophie (3. Aufl. 1907) Bd. 1, S. 389 ff.; Völkerpsychologie (1918) S. 302 ff.

Führer, denen es gelingt, eine ausreichende Zahl von Anhängern mehr oder weniger freiwillig nach sich zu ziehen, während andere widerstreben, andere sich untätig verhalten. Ob die neue Ordnung zur Herrschaft gelangt, hängt nicht von der zahlenmäßigen Mehrheit der ausdrücklich oder stillschweigend zustimmenden Personen, sondern von dem Gewicht ab, das den auf die Änderung gerichteten Einzelwillen zukommt, insbesondere von dem Umfang der ihnen zur Verfügung stehenden Machtmittel. Wenn es den Urhebern eines Umsturzes gelingt, die Machtmittel ganz oder zum größeren Teile in die Hand zu bekommen, so kann eine Minderheit einer zahlenmäßigen Mehrheit ihren Ordnungswillen aufnötigen <sup>15)</sup>).

Daß die Rechtsordnung auf dem Gesamtwillen in dem gekennzeichneten Sinn beruht, wird mehr oder weniger bestimmt von zahlreichen Schriftstellern anerkannt <sup>16)</sup>. Gerade bei der Frage nach der Verbindlichkeit der durch inneren Umsturz geschaffenen neuen Rechtsordnung ist dieser Begriff nicht zu entbehren <sup>17)</sup>. Wird er geleugnet, so bleibt nichts übrig, als die neue Ordnung auf die „Macht der Tatsachen“ zu gründen. Das ist aber keine Erklärung, sondern ein Verzicht auf eine solche.

Hat sich der Gesamtwille für die Anerkennung der neuen Ordnung entschieden, so hat dies nicht nur die Wirkung, daß nun die führenden Staatsorgane zur Rechtssetzung befugt und die früheren Machthaber ihrer besonderen Rechtsstellung enthoben sind, sondern außerdem werden die an sich rechtswidrigen Angriffe auf die alte Rechtsordnung mit rückwirkender Kraft gebilligt oder doch zum mindesten für straflos erklärt. Die Strafverfolgung der Umstürzler unterbleibt nicht etwa deshalb, weil der Staat, dessen Verfassung sie aus den Angeln gehoben haben, nicht mehr existierte — das ist, wie noch zu zeigen sein wird, nicht der Fall —, sondern der Gesamtwille genehmigt nachträglich den Umsturz und hebt dadurch seine Rechtswidrigkeit oder wenigstens Strafbarkeit auf. Praktische Bedeutung hat übrigens diese Feststellung in der Regel nicht, weil die neuen Machthaber verständlicherweise

<sup>15)</sup> Gumplovicz, *Der Rassenkampf* (1883) S. 219 ff.; *Grundriß der Soziologie* (1885) S. 125.

<sup>16)</sup> Jellinek, *Allg. Staatslehre* S. 142 ff., 152 ff., 171; *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (2. Aufl. 1908) S. 7, 12; Kahl, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik* Bd. 1 (1894) S. 51; Jung a. a. O. S. 204; Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* Bd. 1, (12.—14. Aufl. 1919) S. 67; Somló a. a. O. S. 232 ff.

<sup>17)</sup> Vgl. auch Kipp, *Iurist. Wochenschrift* 1919, S. 558.



durch eine umfassende Amnestie die Frage nach der Strafbarkeit des Umsturzes gegenstandslos zu machen pflegen<sup>17a)</sup>.

3. Das bisher Ausgeführte möge nunmehr auf den am 9. November 1918 in Deutschland vollzogenen Umsturz seine Anwendung finden. Dieser Umsturz betraf sowohl die Verfassung des Reichs, als diejenige der Bundesstaaten (mit Ausnahme von Schwarzburg-Rudolstadt, wo die Verfassungsänderung ganz in gesetzlichen Bahnen vor sich gegangen zu sein scheint). Der Einfachheit halber soll nur der Umsturz im Reiche in Betracht gezogen und auch von den Kämpfen abgesehen werden, welche die neuen Machthaber bald nachher unter sich selbst auszutragen hatten.

Im Reiche bestand der Umsturz darin, daß an die Stelle des Kaisers und des Bundesrats<sup>18)</sup> ein aus sechs Mitgliedern bestehender „Rat der Volksbeauftragten“ trat, von denen die beiden an erster Stelle genannten (Ebert und Haase) von den übrigen mit Kollektivvollmacht ausgestattet wurden. Der Zusammentritt des bisherigen Reichstags wurde verhindert. Infolgedessen nahm der Rat der Volksbeauftragten das Recht in Anspruch, Verordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen; von diesem Recht machte er alsbald in dem Aufruf vom 12. November 1918 (RGBl. S. 1303) Gebrauch. Der Posten des Reichskanzlers wurde nicht besetzt<sup>19)</sup>. Von dem Rat der Volksbeauftragten wurde angekündigt, daß eine neue Verfassung durch eine von der vorläufigen Regierung zu berufende Nationalversammlung zu beschließen sei (Absatz 8 des erwähnten Aufrufs).

Da ein erfolgreicher Widerstand gegen diese Neuordnung nirgends geleistet wurde, so bildete sich innerhalb weniger Tage im Deutschen Reiche die Rechtsüberzeugung, daß die neuen Machthaber als vorläufige Regierung mit dem Rechte zum Erlaß von Gesetzen anzuerkennen und die neue Verfassung durch die von dieser Regierung zu berufende Nationalversammlung zu beschließen sei. Der Gesamtwille des deutschen Volkes entschied sich zugunsten der neuen Ordnung. Allerdings ist nicht anzunehmen, daß die Mehrheit mit dem von der Regierung verkündeten Ziel der Verwirklichung des sozialistischen Programms einverstanden war. Allein auch die innerlich Widerstrebenden haben

<sup>17a)</sup> Teilweise anders Ebenau in „Deutschlands Erneuerung“ S. 197 (betr. die Anzeige gegen Prinz Max von Baden u. Gen. wegen Hochverrats).

<sup>18)</sup> Dem letzteren wurden übrigens seine Verwaltungsbefugnisse belassen: V. O. vom 14. 11. 1918, RGBl. S. 1311.

<sup>19)</sup> Ebert hat sich allerdings in der ersten Zeit gelegentlich als „durch den Willen des Volkes berufenen Reichskanzler“ bezeichnet, jedoch diese unzutreffende Benennung bald aufgegeben.

sich der neuen Ordnung tatsächlich gefügt, aus welchen Gründen, ist für die rechtliche Beurteilung ohne Belang. Insbesondere sind die von der neuen Regierung erlassenen Verordnungen von den Gerichten und Verwaltungsbehörden alldald angewendet worden<sup>20)</sup>. Unklar blieb allerdings das Verhältnis des Rats der Volksbeauftragten zu den Arbeiter- und Soldatenräten. Allein tatsächlich wurde die Regierung wenigstens nach außen von dem Rat der Volksbeauftragten geführt und die Versuche von Arbeiter- und Soldatenräten, die höchste Rechtsmacht an sich zu reißen, haben nirgends einen solchen Erfolg gehabt, daß man sagen könnte, der Gesamtwille des deutschen Volks habe sie als solche anerkannt<sup>21)</sup>.

Wie bereits erwähnt, begann die neue Regierung alsbald damit, durch Verkündung von Verordnungen mit Gesetzeskraft die bisherige Rechtsordnung umzugestalten, insbesondere Teile des sozialistischen Programms zur Durchführung zu bringen. Daraus geht aber zugleich klar hervor, daß die durch den Umsturz unmittelbar herbeigeführte Rechtsänderung sich nur auf die obersten Teile des staatlichen Gebäudes, den Kaiser, Bundesrat, Reichstag und Reichskanzler bezog<sup>22)</sup>. Unberührt blieb nicht nur der übrige Teil des Staats- und sonstigen öffentlichen Rechts, insbesondere die Rechtsstellung der Richter und sonstigen Beamten, sondern auch das ganze bürgerliche Recht blieb in Geltung, wenn ihm auch tief einschneidende Änderungen in Aussicht gestellt waren.

Im Widerspruch hiermit vertritt N a w i a s k y<sup>23)</sup> die Ansicht, daß mit der Beseitigung der Verfassung eines Staates an die Stelle der Rechtsordnung „die vollständige Rechtsunordnung, das rechtliche Chaos“ trete, und daß es in einem solchen Falle notwendig sei, eine neue Rechtsordnung erst wieder aus dem Nichts zu schaffen. Dies geschehe allerdings gewöhnlich in der Weise, daß die unpolitischen Teile der alten Rechtsordnung „rezipiert“ werden, wozu es aber einer neuen ausdrücklichen Rechtsnorm bedürfe. Hiernach wären infolge der Ersetzung der bisherigen höchsten Verfassungsorgane durch den Rat der Volksbeauftragten im Deutschen Reiche sämtliche Eigentumsrechte, Schuldverpflichtungen, Ehen, Eltern- und Kindesrechte erloschen; alle Beamten mit Einschluß der Richter wären Privatpersonen ohne jede amtliche Befugnis geworden, und kein Zivil- und Strafprozeß hätte seinen Fortgang nehmen dürfen. Jeder hätte ungestraft den andern

<sup>20)</sup> Vgl. Anschütz, Jurist. Wochenschrift 1918, S. 752.

<sup>21)</sup> Teilweise anders Waldecker, Jurist. Wochenschrift 1918, S. 748.

<sup>22)</sup> Übereinstimmend Waldecker a. a. O. S. 749.

<sup>23)</sup> Der Bundesstaat als Rechtsbegriff S. 151.

töten, berauben, beleidigen dürfen, bis durch ausdrückliche Rechtsnorm die entsprechenden Teile der alten Rechtsordnung wiederhergestellt worden wären. Von all dem kann jedoch im Ernste nicht die Rede sein. Der Aufruf des Rats der Volksbeauftragten hat selbst zum Ausdruck gebracht, daß die bisherige Rechtsordnung, abgesehen von der veränderten Leitung des Staats, aufrecht erhalten blieb, indem er erklärte, daß die Regierung das Eigentum gegen Eingriffe Privater, sowie die Freiheit und Sicherheit der Person schützen werde. Daraus geht deutlich hervor, daß die neuen Machthaber nur die oberste Regierungsgewalt sich aneignen, keineswegs aber die ganze Rechtsordnung zusammenschlagen wollten. Aus dem selbstverständlichen Satze, daß jede Rechtsnorm so lange fort dauert, bis sie aufgehoben wird, folgt hiernach, daß alle von der Verschiebung der obersten Gewalt nicht berührten Teile der Rechtsordnung bestehen blieben. Es blieb also nicht nur ein großer Teil der Reichsverfassung, sondern auch alles übrige Reichsrecht in Kraft. Die alsbald einsetzende Umgestaltung der alten Rechtsordnung durch neue Verordnungen mit Gesetzeskraft ist eine Sache für sich. Zugegeben ist, daß in vielen Köpfen der Gedanke einer völligen Beseitigung der bestehenden Ordnung spukte und da und dort hieraus die Folgen zu ziehen versucht wurden. Allein diese Versuche haben nirgends dauernden Erfolg gehabt, und so ist es bei der gekennzeichneten Beschränkung der Umwälzung geblieben. Sowohl die Gerichte als die Verwaltungsbehörden haben überall ihre Tätigkeit auf Grund des alten Rechts fortgesetzt, soweit dieses nicht durch die Umwälzung unmittelbar betroffen oder durch die Verordnungen der neuen Regierung geändert worden war. Von derselben Auffassung waren aber auch die Bürger beherrscht, indem sie ihr Eigentum verteidigten, sich an ihre Verträge gebunden hielten und sich in ihren Streitigkeiten wie früher an die Gerichte und Verwaltungsbehörden wandten.

Die Ansicht Nawiaskeys beruht auf der Annahme, daß der Staat der (alleinige) Träger des in einer Rechtsordnung erscheinenden Willens sei (a. a. O. S. 16 ff.). Allein dies ist eben nicht richtig. Wie es vor der Entstehung des Staates schon Recht gegeben hat <sup>24)</sup>, so gibt es im Staate Recht, das nicht auf dem Willen der Staatsorgane, sondern unmittelbar auf dem Gesamtwillen des Volkes oder eines Volksteils beruht. Der Staat ist nicht der Urheber und Schöpfer, sondern nur der Pflöger des Rechts, dessen Inhalt er nicht frei erfinden darf, sondern das er

<sup>24)</sup> Weigelin a. a. O., S. 124 ff.

teils aus den überlieferten Anschauungen, teils aus den nach Verwirklichung ringenden neuen Zielen zu gewinnen hat<sup>25)</sup>). Noch nie ist es gelungen, die Bildung neuen Rechts außerhalb des Gesetzesrechts zu unterbinden. Vor allem war von jeher die Ausfüllung von Lücken des Gesetzesrechts durch die Bildung von außergesetzlichem Recht notwendig.

Aber selbst wenn man davon ausgehen wollte, daß der Staat der alleinige Träger der Rechtsordnung sei, so wäre ein Zusammenbruch der Rechtsordnung durch die Novemberereignisse in Deutschland nicht eingetreten, weil diese nicht zur Aufhebung, sondern nur zur Umgestaltung des Staats geführt haben. Man mag im geschichtlichen und politischen Sinn von dem jetzigen Staate als dem neuen Deutschen Reiche und vom Reiche Bismarcks als dem alten Reiche sprechen. Für die rechtliche Beurteilung liegt aber zwischen beiden zweifellos Identität vor, nicht etwa nur ein Nachfolgeverhältnis. Die Verfassung eines Staats ist für ihn so wenig wesentlich, wie diejenige eines Vereins oder einer Aktiengesellschaft. Wesentlich ist das Staatsvolk und das Staatsgebiet, und beide sind vom dem Umsturz unmittelbar nicht betroffen worden. Angst und Schrecken auf der einen, Übermut auf der andern Seite haben vielfach die Ereignisse des Novembers 1918 in einem Lichte erblicken lassen, in dem das Neue allein noch sichtbar, das Stehengebliebene dagegen verschwunden war. Eine nüchterne Betrachtung zeigt klar, daß nur die obersten Verfassungsorgane gewechselt haben, sonst nichts.

---

<sup>25)</sup> Kohler, Lehrb. des bürgerl. Rechts, Bd. 1 (1906) S. 123 ff.; Wüstendörfer, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 9, S. 307.



## II.

# Gesetzgebungsfragen.

---

### Bemerkungen zu dem Allgemeinen Teil des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch von 1919.

Von

Geh. Justizrat Prof. Dr. **Wachenfeld**, Rostock i. M.

Der Entwurf ist im allgemeinen eine gute Grundlage für das künftige Strafgesetzbuch, jedenfalls eine bessere als die vorausgehenden Entwürfe. Aber er enthält zwei Fehler, die miteinander zusammenhängen, und so lange sie bestehen, eine Überleitung des Entwurfs zum Gesetz nicht als erwünscht erscheinen lassen.

Der eine und schwerste ist die Nichteinarbeitung der Nebengesetze und sonstigen Bestimmungen strafrechtlichen Inhalts. Sie wurde von dem Vorentwurf abgelehnt, weil sie einfach unmöglich sei <sup>1)</sup>. Daraufhin hat aber Kriegsmann <sup>2)</sup> bereits gezeigt, daß von Unmöglichkeit keine Rede sein kann. Er hat Wege angedeutet, auf denen man wenigstens einen großen Teil der Nebengesetze einzuarbeiten vermag. Freilich, was Kriegsmann erbracht hat, ist lange nicht genug. Die Einarbeitung ist im weit stärkeren Maße erreichbar und unbedingt nötig.

Das Nebeneinanderbestehen von zahllosen einzelnen Strafbestimmungen neben dem Strafgesetzbuch ist eine der Hauptschattenseiten unseres heutigen Strafrechts und hiermit des wichtigsten Zweiges unserer Rechtspflege. Erfolgt keine Einarbeitung, so wird die Flut der Strafgesetze immer weiter anschwellen, wie schon äußerlich das Anwachsen des Reichsgesetzblattes verrät. Bereits vor dem Kriege war die Menge der Strafgesetze fast unübersehbar. Nach der Überproduktion in und nach dem Kriege mag es kaum noch einen Richter geben, der sich darin zurechtzufinden weiß. Kann es schon nicht der Richter, wie kann man die Kenntnis der Gesetze von denen verlangen, für welche dieselben gegeben sind?

---

<sup>1)</sup> Begründung A. Teil S. VI f.

<sup>2)</sup> Gegenentwurf von Kahl, v. Lilienthal, v. Lüß, Goldschmidt; Begründung S. 340 ff.

Die Überfülle hat zu einer Verflachung und an einzelnen Stellen fast zu einer Auflösung des Strafrechts geführt.

Sie ist mit ein nicht zu unterschätzender Faktor für die Verwirrung in manchen unserer heutigen Zustände. In der Massenfut geht das einzelne Gesetz unter oder tritt wenigstens nicht mehr markant hervor. Verliert sich aber seine Autorität, so schwindet das Bewußtsein der Gesetzlichkeit und des Rechts. Man kann sich dann nicht wundern, wenn das Unrecht an der Tagesordnung ist.

Folgt eine Beschränkung, so können die wenigen Gesetze mehr als bisher Anspruch auf Beachtung haben. Nur ein Beispiel: Welch ein Segen wäre es gewesen, wenn statt der unzähligen mit Strafdrohungen umkleideten Lebensmittelgesetze das bestehende — oder wenn es zu eng schien, erweiterte — Wuchergesetz zur strengen Anwendung gekommen wäre! Dann wäre der Begriff des Wuchers wohl mehr als heute dem Volke in Fleisch und Blut übergegangen! Wucherische Produzenten und Händler hätten ihr Gewissen nicht damit beschwichtigen können, daß sie ja nur gegen ein Bagatellgesetz, eine Nahrungsmittelverordnung, verstießen.

Also zunächst bedarf es unter allen Umständen einer starken Vereinfachung der Strafgesetze. Wohl müssen diese den verschiedensten Situationen gerecht werden. Aber ihrer selbst dürfen es nur wenige sein, und die wenigen müssen eine Menge Dinge umfassen, darum mit besonderer Sorgfalt herausgearbeitet werden. Das ist allerdings schwieriger als die heutige Methode, die darin besteht, fortwährend neue Gesetze zu geben, bevor man untersucht hat, welche der unter Strafe zu stellenden Handlungen von den bereits bestehenden Gesetzen umfaßt werden.

Die Vereinfachung, die Hand in Hand mit einer Zentralisation geht, widerstrebt der Zerschlagung des Strafgesetzbuches in mehrere Stücke. Eine solche wird aber von dem neuen Entwurf angebahnt. Und das ist der zweite große Fehler, den der Entwurf begeht. Er <sup>3)</sup> hat, den Wünschen der soziologischen Schule folgend, die Übertretungen von den „Rechtsverbrechen“ gesondert, gleichsam als wären es zwei verschiedene Dinge. Das ist aber ein gewaltiger Irrtum. Die „Rechtsverbrechen“ und die sogenannten Polizeiübertretungen zeigen die gleiche Struktur und das gleiche Wesen. Sie unterscheiden sich nur durch die Höhe der Strafdrohungen. Dies ist aber ein zufälliger Unterschied. Die Straf-

---

<sup>3)</sup> Anders der Vorentwurf, und zwar mit guten Gründen, cf. Begründung, Einleitung S. VII.

drohungen wechseln, und dieselbe Handlung wird bald mit leichter bald mit schwererer Strafe bedroht.

Daß der soziologischen Schule diese Zerreißung erwünscht sein muß, ist leicht erklärlich. Denn, wo sollte es einen Richter geben, der gelegentlich der Aburteilung einer Polizeiübertretung die Strafe nur nach der antisozialen Gesinnung des Täters bemessen wurde? Dann könnte sich ja hierbei die Notwendigkeit ergeben, den Täter mit offenbar stark antisozialer Gesinnung unschädlich zu machen! Kein Richter wird aber bei einer Übertretung eine lebenslängliche Strafe zu verhängen geneigt sein. Das Programm der soziologischen Schule ist eben bei den Polizeiübertretungen undurchführbar. Deshalb wünscht diese Schule von vornherein eine Beschränkung auf solche Delikte, bei denen es eher angeht, sich mit der Strafe gegen den Täter ohne große Rücksicht auf das einzelne zur Aburteilung stehende Delikt zu wenden. Aber wir wollen nicht nur den Täter an sich, sondern den Täter wegen seiner Tat ahnden!

Wenn auch einzelne allgemeine Bestimmungen bei den geringfügigsten Delikten eine Modifikation erleiden, so müssen doch wegen der Wesensgleichheit aller Delikte diese grundsätzlich alle nach den gleichen allgemeinen Normen beurteilt werden.

Es sind also die Übertretungen nicht etwa einem besonderen nebensächlichen Abschnitt des Gesetzbuches oder gar, wie die soziologische Schule will, einem besonderen Polizeistrafgesetzbuch zuzuweisen, sondern umgekehrt, in großer Zahl oder möglichst alle, soweit sie jetzt außerhalb des Strafgesetzbuches stehen, in dasselbe einzuarbeiten. Ja, man kann sogar erwägen, ob es nicht ratsam wäre, manche Ausnahme des geltenden Rechtes für Übertretungen fallen zu lassen. Es lassen sich gewiß genug Gründe dafür anführen, z. B. Versuch und Beihilfe nicht deshalb straflos zu lassen, weil der weggenommene Gegenstand sich zufällig als ein solcher des hauswirtschaftlichen Verbrauches und nicht des Verbrauches einer einzelnen Person darstellt<sup>4)</sup>. Der heutige Unterschied wird um so zweifelhafter, je mehr die Landesgesetze auf ihrem Gebiete Versuch und Beihilfe auch im Fall einer bloßen Übertretung strafen.

<sup>4)</sup> Vom Standpunkt des Entwurfs aus läßt sich dies für den Mundraub allerdings nicht sagen, da der Entwurf ihn wie eine Reihe anderer Übertretungen auch mit Gefängnis bedroht, mithin zu einem Vergehen erhebt. Es entspricht aber nicht der Entwicklung, die Strafen willkürlich zu schärfen, und es geht nicht an, eine allgemein in so mildem Lichte erscheinende Handlung, daß sie unter die Übertretungen eingereiht wurde, plötzlich wieder zu einem Vergehen zu stempeln, um einen Systemfehler des Entwurfs zu verkleiden.

### **Einteilung der strafbaren Handlungen. Ort und Zeit der Tat.**

Durch die Abzweigung der Übertretungen wird die so oft getadelte Dreiteilung der Delikte in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen verewigt und ihre Bedeutung verstärkt. Die Dreiteilung aber wird mit Recht bekämpft, weil sie nicht dem Wesen der Delikte, sondern ihren Folgen entnommen ist.

Mit Aufgabe der Haft als Hauptstrafe werden im Entwurf die Übertretungen auf die mit Geldstrafe bedrohten Delikte beschränkt. Zwischen Verbrechen und Vergehen ist die heutige Grenze, Androhung einer fünfjährigen Freiheitsstrafe, geblieben.

Die Konsequenzen, welche die Dreiteilung hat, sind, soweit sie die Übertretungen betreffen, in den §§ 402—415 zusammengestellt. Aber sie zeigen sich auch nicht minder stark für die anderen Deliktsgruppen. So soll z. B. die Strafe bei mildernden Umständen ganz verschieden bemessen werden, je nachdem es sich um ein Vergehen oder Verbrechen handelt (§§ 114, 115). Die Scheidung spielt eine Rolle bei der Verjährung (§ 121 ff.), bei der Bemessung des räumlichen Herrschaftsgebietes der Strafgesetze (§ 4), bei der bedingten Strafaussetzung (§ 135) und in einer ganzen Reihe von Vorschriften des besonderen Teils, z. B. bei Aufforderung zum Verbrechen (§§ 231 ff.), bei Komplott und Bande (232), bei den Delikten der Störung der Verkehrssicherheit und Beseitigung von Sicherungsvorrichtungen, sowie bei anderen gemeingefährlichen Delikten (§ 263).

In allen diesen Fällen ist die in thesi angedrohte Strafe für die Klassifikation bestimmend, obwohl die in concreto verwirkte Strafe des **V e r b r e c h e n s** nicht schwerer, ja leichter sein kann als die des **V e r g e h e n s**.

Die für die Einteilung der Delikte maßgebenden Bestimmungen finden sich in § 7 und § 402. Der erstere Paragraph gehört zu dem Abschnitt, der überschrieben ist: „Einteilung der strafbaren Handlungen. Ort und Zeit der Tat.“ Diese Überschrift mit ihrer Parallele von „strafbarer Handlung“ und „Tat“ besagt, daß beides gleichbedeutend gebraucht wird. Auf eine Definition der Handlung ist verzichtet. Was der E. darunter versteht, dürfte aus den §§ 7 und 8 hervorgehoben. Er bezeichnet z. B. in § 7 als Verbrechen eine Handlung, die mit dem Tode bedroht ist. Fragt man, welche Handlung dies sei, so antwortet § 283: die überlegte Tötung. Die Verwirkung der Todesstrafe setzt also die Herbeiführung des Todes eines Menschen voraus. Mithin läßt der Entwurf den Erfolg mit zur Handlung gehören. Da nun „Handlung“ und „Tat“ promiscue gebraucht werden, wird auch unter „Tat“ die Tätigkeit mit ihren Wirkungen, nicht die Tätigkeit allein, verstanden. Aber



es ist an der genauen Begriffsbestimmung nicht immer festgehalten. Die Ungenauigkeit macht sich an verschiedenen Stellen fühlbar. So will z. B. § 8 als Zeit der strafbaren Handlung die Zeit der T ä t i g k e i t gelten lassen und doch sagt er „Eine Straftat ist zu der Zeit begangen, wo (sic!) der Täter „g e h a n d e l t“ hat oder hätte „h a n d e l n“ müssen“. In § 10 Abs. 2 wird gefordert, daß der Täter zu der Zeit der „Tat“ zurechnungsfähig ist, und doch versteht es sich von selbst, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht während der ganzen T a t, sondern nur während der verbrecherischen T ä t i g k e i t vorhanden sein muß.

Anstatt des prägnanten Ausdrucks „Erfolg“ als der relevanten Wirkung der verbrecherischen Tätigkeit gebraucht der Entwurf die Wendung „Verwirklichung des Tatbestandes“. Das halte ich, wie an anderer Stelle näher dargelegt<sup>5)</sup>, für gleichbedeutend, sofern man mit Tatbestand die objektiven Merkmale des Verbrechens meint; denn diese treffen in dem Erfolg zusammen. Der Erfolg beim Diebstahl ist z. B. nicht Gewahrsamsbruch an einer Sache schlechthin, sondern an einer fremden beweglichen Sache. Fehlt es an einer der beiden Eigenschaften der Sache, so fehlt es am Diebstahls-erfolg.

Freilich würde ich es vorziehen, statt der Redewendung „Verwirklichung des Tatbestandes“ den Ausdruck „Herbeiführung des Erfolgs“ zu gebrauchen, da gerade aus der Beziehung zu dem Erfolg die Schuldform ihren Gehalt gewinnt.

Die Handlung bildet in dem heutigen Strafgesetzbuch den übergeordneten Begriff, unter den sich positive Handlung und Unterlassung gleicher Weise subsumieren. Nicht anders kann nach § 7 die Stellung des Entwurfs sein. Denn es versteht sich von selbst, daß Verbrechen und Vergehen auch durch Unterlassung begangen werden können.

Erst nach vollständiger Klärung der Terminologie hätte man an die Einzelbestimmungen herantreten sollen.

Ort und Zeit der begangenen Handlung. Die Bestimmung des Ortes der begangenen Handlung verdient volle Billigung. Es ist heute herrschende Ansicht, daß hierfür jedes Moment der Handlung, Tätigkeit wie Erfolg, bestimmend sein kann. Daß als Tatort aber auch ein Ort gelten soll, an dem nichts vom Tatbestand verwirklicht wurde, ist nicht einzusehen. Der Gesetzgeber wollte eine Bestimmung für Unterlassung geben, aber das wäre bei einer einigermaßen festgelegten Terminologie überflüssig gewesen.

<sup>5)</sup> Vgl. mein Lehrbuch des Strafrechts, S. 151.

Überhaupt ist der § 8 sprachlich bedenklich. Es gibt keine Straftat, die an „jedem“ Ort begangen ist, an dem sich der ganze Tatbestand verwirklichte. Verwirklichte er sich an einem Ort vollständig, so kommt nur ein Ort in Frage!

Sprachlich unmöglich ist die Begangenschaft zu der Zeit, „wo“ der Verbrecher gehandelt hat.

Bei der Zeitbestimmung konnte man entsprechend der Ortsbestimmung erwarten, daß die Handlung zu jeder Zeit als begangen angenommen wurde, in der sich der Tatbestand verwirklichte.

Warum hat man aber nicht Zeit und Ort einfach dahin bestimmt:

Eine Handlung ist an jedem Ort begangen, an dem sich ein Stück derselben verwirklichte.

Sie gilt zu jeder Zeit begangen, in der sich ein Stück derselben verwirklichte.

Wollte man die Zeit des Erfolges ausschließen, so könnte der Zusatz des Entwurfs hinzugefügt werden:

Wann der Erfolg eintrat, ist nicht maßgebend.

### Die Straftat.

Schuld. Auch hier ist wohl das Wesen der Sache richtig getroffen; aber die inkorrekte Ausdrucksweise verdirbt viel.

Zutreffend ist die Annahme der Schuld an das Zusammenreffen der beiden Voraussetzungen gebunden: 1. Schuld-, oder wie der Entwurf sagt, Zurechnungsfähigkeit, und 2. eine Schuldform, Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Aber fehlerhaft ist es, daß die Schuldfähigkeit während der ganzen Tat, anstatt während der Tätigkeit, verlangt wird.

Unzutreffend ist es ferner, daß beim *dolus eventualis* eine zeitliche Beziehung zu der verbrecherischen Tätigkeit fehlt. Auch der *dolus eventualis* muß während derselben vorhanden sein. Es gibt weder einen *dolus subsequens* noch einen *dolus antecedens*.

Dagegen kann man mit der Bestimmung des Vorsatzes selbst als eines Wissens und Wollens einverstanden sein. Nur scheint es mir richtiger vom Wissen und Wollen des Erfolgs, anstatt von einer mit Wissen und Willen erfolgten Verwirklichung des Tatbestandes zu sprechen. Denn der Begriff des Tatbestandes ist nicht immer klar, da man darunter bald die Summe aller,

bald nur die der objektiven Merkmale versteht. Nur in dem letzteren Sinn dürfte der Entwurf ihn für die Vorsatzdefinition haben verwerten wollen. Es hätte keinen Sinn, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit durch den Vorsatz mitumfassen zu lassen. Entweder gehört es zum Vorsatz, was aber die Meinung des Entwurfs wohl nicht ist, oder es ist, wie im geltenden Recht, ein Deliktsmerkmal neben dem Vorsatz.

Die Definition des Vorsatzes könnte einfach dahin lauten:

Vorsätzlich handelt, wer den verbrecherischen Erfolg mit Wissen und Willen oder zwar nur in dem Bewußtsein seines möglichen Eintrittes herbeiführt, aber mit dem Eintritt des Erfolgs einverstanden ist.

Der zweite Absatz des § 11 E. ist hinzugefügt, um Zweifel bei Behandlung eines Irrtums über tatsächliche Rechtsverhältnisse auszuschließen. Aber sein Wortlaut: „Vorsätzlich handelt nicht, wer irrtümlich einen Tatbestand annimmt, der nach öffentlichem oder bürgerlichem Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen würde“, geht darüber hinaus. Wer die eigene Sache, in der Annahme, sie sei eine fremde, unter irrtümlicher Auslegung des BGB. wegnimmt, handelt schon nach dem 1. Absatz des § 11 nicht vorsätzlich.

Schwere Bedenken erweckt der gegenüber dem geltenden Recht neue Irrtumsparagraph, der § 12. Es ist wohl ein gesunder Gedanke, daß der Herr, der das fremde, ungezogene Kind in der Meinung züchtigt, dies sei erlaubt, eine besonders milde Strafe erleidet. Für dieses Resultat bedurfte aber der Entwurf keines besonderen Paragraphen; denn er hat so viele Türen und Türchen für Milderungen gelassen, daß dies auch für die Fälle des § 12 ausreichen würde.

Die Einfügung des § 12 hat andererseits eine unangebrachte Verschärfung gezeitigt. Im Zusammenhang mit ihr hat man wohl von der Aufnahme des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als eines besonderen Tatbestandsmerkmals bei einzelnen Delikten abgesehen. Hierdurch ergeben sich aber starke Unbilligkeiten. Soll wirklich im Gegensatz zu unserem heutigen Recht der Handlungsgehilfe, der die verschlossene Wohnungstür öffnet und die bestellte Ware ins Zimmer legt, oder der Wirtshaushausgast, der im Restaurant den Selbstmörder gewaltsam von seinem Tun abhält, erst vor Gericht gestellt werden, um ungestraft zu bleiben oder gar eine, wenn auch milde, Strafe zu erleiden?

Trotz der Propaganda, die man in letzter Zeit <sup>6)</sup> für die Idee des § 12 gemacht hat, muß ich mich für Streichung des § 12 und im Einklang mit dem heutigen Rechte für Aufnahme des besonderen Tatbestandsmerkmals des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit bei den Delikten aussprechen, bei denen es nötig ist, auf diese Weise den Tatbestand zu verengern. Dies ist wohl bei Delikten, wie Hausfriedensbruch, Nötigung u. a., aber nicht bei allen Delikten, z. B. nicht bei Tötung und Körperverletzung, angebracht.

Das Dasein des § 12 ermöglicht es jedem Verbrecher, sich mit Gesetzesunkenntnis zu entschuldigen. In dem § 12 steckt ein gefährlicher Keim, der zur Auflösung des Strafrechts überhaupt führen könnte.

**Vorsatzarten.** Der Entwurf stellt zwei Vorsatzarten auf:

1. Einen direkten Vorsatz, wie ihn die Begründung nennt. Dies soll der Vorsatz mit Ausschluß des *dolus eventualis* sein. Die Beschränkung auf ihn wird gefordert, wo das Gesetz wissentliches Handeln vorschreibt. Hiergegen kann im Interesse der Beseitigung aller dahingehenden Streitfragen nichts eingewendet werden.

2. Absicht. Sie wird bezeichnet als eine Spezies des Vorsatzes, die dadurch entsteht, daß die Herbeiführung des Erfolges Beweggrund zum Handeln bildet. Nicht ganz korrekt scheint es mir, daß der Entwurf von der Herbeiführung „eines“ Erfolges spricht. Es kann sich doch nur handeln um einen bestimmten, nämlich den durch die verbrecherische Tätigkeit herbeigeführten oder angebahnten Erfolg.

Die Formel für die Fahrlässigkeit ist etwas doktrinär, aber im allgemeinen zutreffend. Richtig hervorgehoben sind die drei Dinge, auf die es ankommt:

1. objektive Möglichkeit der Aufwendung der Sorgfalt,
2. die Pflicht hierzu, und
3. entweder

a) Nichtvoraussicht des Erfolges — oder im Sprachgebrauch des Entwurfs Nichtvoraussicht der Verwirklichung des Tatbestandes — (unbewußte Fahrlässigkeit), oder

b) Voraussicht des Erfolges außerhalb der Grenzen des Vorsatzes und der Nichtschuld (bewußte Fahrlässigkeit).

---

<sup>6)</sup> Namentlich im Anschluß an die bekannte Verordnung vom 18. Januar 1917, die bei Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über wirtschaftliche Maßnahmen dem in unverschuldetem Irrtum über das Gesetz handelnden Täter Straffreiheit zusichert.



Wie im geltenden Recht soll auch nach dem Entwurf ein Delikt regelmäßig nur bei vorsätzlicher Begehung anzunehmen sein, so daß fahrlässiges Handeln nur ausnahmsweise mit Strafe bedroht ist. Aber merkwürdigerweise wird dieser Grundsatz für Übertretungen nicht anerkannt. Hier soll fahrlässiges Handeln stets zur Annahme eines Deliktes genügen. Dies widerspricht dem gerade vom Entwurf angenommenen Prinzip, Übertretungen in geringerem Maße zu strafen.

Es wäre eine arge Verschlechterung des geltenden Rechtes, wenn bei einer Übertretung von einer sorgfältigen Untersuchung der Schuld abgesehen werden könnte.

In dem § 16 ist der allgemein anerkannte Grundsatz ausgesprochen, daß die Bestrafung wegen Unterlassung nur dem gegenüber möglich ist, der eine Rechtspflicht verletzt hat. Interessant ist es, daß in diesem Paragraphen der Entwurf nicht von „Verwirklichung des Tatbestandes“, sondern von „Herbeiführung des Erfolges“ spricht. Das läßt unwillkürlich die Frage auftauchen, warum der Entwurf, wenn er an der einen oder anderen Stelle den besseren Ausdruck gebraucht, dies nicht durchweg getan hat.

**Erfolgshaftung.** Der § 17 hat einen Schritt versucht, die bloße Erfolgshaftung, wie sie unser Strafgesetzbuch für Qualifikationen kennt, zu beseitigen. Aber er geht wohl nicht weit genug. Die Haftung wegen Herbeiführung eines schweren Erfolgs kann sehr gut auf die Fälle beschränkt werden, in denen der Täter in bezug hierauf fahrlässig handelte.

**Fehlende und verminderte Zurechnungsfähigkeit.** Der Entwurf hat die Schuld-, oder wie er sie nennt, Zurechnungsfähigkeit nach den richtigen Gesichtspunkten bestimmt. Er geht mit Recht davon aus, daß dann, wenn sie fehlt, der Mangel sowohl auf dem Gebiete des Erkenntnis- als auch des Willensvermögens liegen kann. Sie erscheint ihm als die Fähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen und seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen<sup>7)</sup>. Aber er irrt darin, daß mit seiner Formulierung jeder Hinweis auf die Willensfreiheit vermieden sei. Ein solcher läßt sich nicht vermeiden. Er ist aber gleichgültig, wenn nur die Willensfreiheit nicht vom philosophischen, sondern vom juristischen Standpunkt aus verstanden wird. Für uns Juristen kommt es nur darauf an, daß die Entschließung des Täters für das rechtlich geordnete Leben frei erscheint. Dies trifft bei Fehlen von Zwangsvorstellungen, also für den Normalfall der geistigen Reife des voll entwickelten Menschen zu.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu mein Lehrbuch, S. 135 ff.

Der § 18 hätte dahin gefaßt werden können:

Nicht schuldfähig ist, wer zur Zeit der verbrecherischen Tätigkeit (wegen Bewußtseinsstörung, krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder Geistesschwäche) unfähig ist, eine unerlaubte Handlung zu denken oder zu wollen.

In diesem Vorschlag ist das Wort „Tat“ des Entwurfs durch „Tätigkeit“ ersetzt, weil es für die Beurteilung der geistigen Fähigkeiten des Täters nicht auf die Zeit des Eintritts der Wirkungen, sondern nur des Setzens der Ursache hierfür ankommt.

In der Bestimmung des Entwurfs, sowie in dem obigen Vorschlag sind die Gründe mangelnder Schuldfähigkeit genannt. Es kann aber zweifelhaft sein, ob eine solche Kasuistik am Platz ist. Denn strafen kann man nur den schuldfähigen Menschen. Ist dies richtig, so ist der Grund, aus welchem die Schuldunfähigkeit folgt, ohne Bedeutung. Dies stimmt auch mit dem in § 10, Abs. 2 des Entwurfs ausgesprochenen Gedanken zusammen.

Alsdann bedarf es keiner Aufzählung von Fällen, in denen die Schuldfähigkeit fehlen kann. Insbesondere ist dann bezüglich des Taubstummenparagraphen zu sagen: entweder er ist überflüssig, da doch nur derjenige, der das Ungesetzliche der Tat einzusehen und seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen vermag, bestraft werden kann, oder er muß ausgedehnt werden auch auf andere Fälle zurückgebliebener geistiger Entwicklung. Daß, wie die Begründung meint, kein Bedürfnis für die Ausdehnung bestehe, ist unzutreffend. Wäre es aber richtig, wie sie meint, daß solche Fälle mit Hilfe der Bestimmungen über den Irrtum entschieden werden können, bedürfte es auch keiner Vorschrift für die Taubstummen, da auch hier die Irrtumsbestimmungen angewendet werden könnten.

Mit dem 2. Absatz des § 18 wird der verminderten Zurechnungsfähigkeit Rechnung getragen. Aber man kann zweifeln, ob dies nötig war, da nach § 106 der Grad der Einsicht sowieso schon bei Bemessung der Strafe in die Wagschale fallen soll.

Die Aufnahme einer besonderen Bestimmung über die verminderte Zurechnungsfähigkeit kann leicht dahin führen, jemanden mit halber Zurechnungsfähigkeit zu strafen, also einen Nichtschuldfähigen. Soll dies vermieden werden, so bedarf es einer klaren Betonung, daß unter verminderter Zurechnungsfähigkeit nur Fälle der vollen Schuldfähigkeit, die aber unter der Durchschnittsmasse derselben liegen, zu verstehen sind. Ob aber dann

die Strafen gemäß §§ 88 und 111 nicht zu milde werden, dürfte zu erwägen sein.

Ausschluß der Rechtswidrigkeit, Notwehr usw. Mit Recht geht der Entwurf davon aus, daß die Verwirklichung des Tatbestandes, oder besser gesagt, die Herbeiführung eines von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolgs, grundsätzlich rechtswidrig ist, so daß die Bestimmungen über die Rechtswidrigkeit in der Aufzählung der Gründe aufgehen, in denen ausnahmsweise die Rechtswidrigkeit entfällt. Als solche Gründe sind Notwehr und Notstand mit Nothilfe genannt.

Über die Beibehaltung der mustergültigen Definition der Notwehr des § 53 RStGB. ist nichts weiter zu sagen.

Die Ausdehnung des Notstandsbegriffes auf den Schutz jegliches Rechtsguts zeigt eine Verkennung desselben, die sich daraus erklärt, daß man den zivilrechtlichen Notstandsbegriff einzuarbeiten versucht hat. Aber Bürgerliches Gesetzbuch und Strafgesetzbuch müssen den Notstand von verschiedenen Gesichtspunkten aus behandeln, jenes vom Standpunkt der Verletzung als eines Eingriffs in fremdes Privateigentum, dieses vom Standpunkt des zu schützenden Rechts als eine Handlung zur Erhaltung von Rechtsgütern. Das Strafgesetzbuch kennt unveräußerliche Rechtsgüter, wie das Leben. Darum muß es auch die Pflicht zur Erhaltung solcher Rechtsgüter anerkennen und Verletzungen, die in Befolgung dieser Pflicht geschehen, entschuldigen.

Keineswegs kann jede in einer Notlage verübte Verletzung durch den Notstand des Strafgesetzbuchs gedeckt werden. Dies ist auch nicht nötig, weil die Notstandshandlung zum Schutz veräußerlicher Rechtsgüter durch die zivilrechtlichen Bestimmungen genügend gedeckt wird.

Will man die Nothilfe besonders hervorheben, so muß man sie einfacher bestimmen und der zivilrechtlichen Pflicht der Interessenabwägung entkleiden. Außerdem ist aber eine besondere Vorschrift nötig, die der Ausübung eines Notrechtes gedenkt. Dies namentlich deshalb, weil der Entwurf bei Überschreitung der Grenzen der Notwehr, des Notstands und der Nothilfe die Strafe mildern oder erlassen will, und kein Grund besteht, denjenigen, der die Grenzen eines Notrechts überschreitet, schlechter zu stellen. Wenn z. B. der Lehrer das Kind härter, als es erlaubt ist, schlägt, der Beamte in seinem Eifer über die Grenzen gestatteter Durchsuchung hinausgeht, so ist es nicht mehr als billig, hier ebenso wie bei Überschreitung der Grenzen gestatteter Nothilfe oder Notwehr von Verhängung der ordentlichen Strafe abzusehen.

### Versuch.

Sehr wenig befriedigend ist die Definition des Versuchs. Fehlerhaft ist sie schon in den Einleitungsworten: „Wer den Vorsatz, eine Straftat zu begehen, betätigt.“ Denn betätigen kann man nur seinen Entschluß und nicht seinen Vorsatz. Dieser soll vielmehr die Tätigkeit begleiten. Ferner läßt die Definition in bedauerlicher Hinneigung zu einer subjektivistischen Anschauung Versuch schon annehmen mit einer Handlung, mit der nicht die Ausführung beginnt, sondern nach der Meinung des Täters beginnen soll. Hiermit werden für strafbar erachtet Vorbereitungshandlungen, die noch weit von der Verwirklichung des verbrecherischen Tatbestandes entfernt sein können.

Mit den Worten, „Handlungen, die die Tat zur Ausführung bringen sollen“, hat der Entwurf den untauglichen Versuch in die Definition einbegreifen wollen. Dies war nicht nötig. Jeder, auch der untaugliche Versuch, ist Versuch. Soll aber des untauglichen Versuchs besonders gedacht werden, so muß es unzweideutig und klar geschehen.

Ich würde vorschlagen:

Wer in dem Entschluß, eine strafbare Handlung zu begehen, mit der verbrecherischen Tätigkeit begonnen oder wer diese beendet hat, ohne daß der Erfolg eintritt, ist wegen Versuchs zu bestrafen.

Will man einen besonderen Zusatz für den untauglichen Versuch, so kann hinzugefügt werden:

Gleichgültig ist es, ob der Versuch nicht zur Vollendung kommen konnte.

Der Rücktritt vom Versuch ist in aner kennenswerter Weise geregelt. Besonders verdient Billigung, daß die zeitliche Grenze des positiven Rechts für den straflosen Rücktritt bei beendetem Versuch wegfallen und strafloser Rücktritt auch für jeder Art des untauglichen Versuchs ermöglicht sein soll.

### Täter und Teilnehmer.

**Täter.** Der Entwurf hat in richtiger Weise Täter und Teilnehmer differenziert. Für den Täter hat er eine besondere Definition geben zu müssen geglaubt, wohl als ein Gegenstück zu seiner Definition für den mittelbaren Täter. Doch kann nicht scharf genug betont werden, daß der letztere nichts anderes als ein Täter ist, der sich eines Werkzeuges bedient, nur daß dieses Werkzeug



hier ein Mensch ist. Es gibt nicht zwei verschiedene Kategorien: 1. Selbsttäter, 2. mittelbarer Täter. Darum ist die Definition des Täters nicht korrekt.

Bei der Bestimmung der mittelbaren Täterschaft ist zu begrüßen, daß die verfehlte Anschauung vom dolosen Werkzeug keinen Anklang gefunden hat. In der Bestimmung fehlt aber der Hinweis auf einen typischen Hauptfall der mittelbaren Täterschaft, nämlich die Benutzung eines Menschen, den der Täter mit Gewalt zu seinem Werkzeug gemacht hat. Ich würde vorschlagen:

Täter ist, wer den verbrecherischen Erfolg herbeiführt.

Täter ist auch derjenige, welcher den Erfolg durch einen Schuldunfähigen oder durch einen Schuldfähigen herbeiführt, der gezwungen oder getäuscht handelt.

Der Entwurf behauptet, mittelbare Täterschaft liege auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß „der andere“ (gemeint ist die Mittelsperson) in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig war. Dies ist wissenschaftlich unmöglich, da durch die vorsätzliche Handlung der Mittelsperson der Kausalzusammenhang zwischen verbrecherischer Tätigkeit und Erfolg unterbrochen wird. Es liegt nichts weiter als Anstiftung vor, die anzunehmen keine Schwierigkeit macht, weil der Täterdolus den Teilnehmervorsatz als das Minus mit umschließt. Soll aber in jenem Fall der Bestimmende die Strafe des Täters erleiden, so genügt es, ihn wie einen Täter zu behandeln. Vielleicht empfiehlt sich folgender Wortlaut:

Der Handelnde gilt auch dann als Täter, wenn sich nachträglich ergibt, daß die Mittelsperson in Wahrheit vorsätzlich gehandelt hat, ohne getäuscht oder gezwungen zu sein.

Mittäter. In der aus dem K. E. übernommenen Definition der Mittäterschaft begegnet man wieder der unrichtigen Verwechslung von Entschluß und Vorsatz. Vom Boden der subjektivistischen Auffassung des Reichsgerichts aus hat der Entwurf Mittäterschaft und Beihilfe unterschieden, je nach dem animus auctoris oder animus socii vorliegt. Hierfür beruft sich die Begründung auf das Strafgesetzbuch. Dies dürfte aber unzutreffend sein, da § 47 StGB. als Merkmal der Mittäterschaft gemeinschaftliche Ausführung (dasselbe Wort wie beim Versuch, § 43) der strafbaren Handlung durch mehrere anführt. Die Worte des

§ 47 sind so gefaßt, daß eine gemeinschaftliche Ausführung des Entschlusses nicht genügt. Es bedeutet also die Fassung im Entwurf eine Abweichung. Diese ist recht bedenklich. Nach ihm muß man schon Mittäterschaft annehmen beim gemeinsamen Einkauf eines Brecheisens durch mehrere, wenn auch bei der späteren Ausführung des Diebstahls einer der beiden Komplizen durch Krankheit verhindert ist.

Mittäterschaft und vorsätzliche Nebentäterschaft können sich nur dadurch unterscheiden, daß in dem einen Fall die Handelnden gemeinsam, im anderen Fall unabhängig voneinander, aber auf dasselbe Ziel hin, vorgehen. Für die vorsätzliche Nebentäterschaft besteht eine Lücke im Entwurf, die um so auffallender ist, als der Entwurf der fahrlässigen Nebentäterschaft im § 31 besonders gedenkt.

Anstiftung und Beihilfe. Bei der Anstiftung ist die Aufzählung der Anstiftungsmittel mit Recht gestrichen, da die Bestimmung selbst das allein Entscheidende ist. Daß eine Bestimmung nur zu vorsätzlichem Tun Anstiftung ergibt, brauchte kaum betont zu werden. Aber durch die Hervorhebung erhalten die Worte in der Definition der Beihilfe besonderes Gewicht; denn hiernach soll die vorsätzliche Hilfeleistung zu einem Verbrechen auch dann Beihilfe sein, wenn es nicht vorsätzlich begangen ist. Dies mag für das Gebiet des Entwurfs, nach dem bei Fahrlässigkeit immer ein Vergehen und kein Verbrechen vorliegt, gleichgültig sein, könnte aber für Delikte außerhalb des Entwurfs praktisch werden.

Bei der Beihilfe ist die alte Unterscheidung von Rat- und Tat-hilfe beibehalten, obwohl die Wissenschaft längst das Unzureichende dieser Gegenüberstellung erkannt hat. Es gibt psychische Beihilfe, die nicht Rathilfe ist, wie z. B. die Zusage des Ankaufs gestohlener Waren. Es muß gefordert werden, daß der Gesetzgeber jede Form der Beihilfe unter Strafe stellt und nicht wie das geltende Recht, eine Lücke läßt.

Dafür hat der Entwurf eine vermeintliche Lücke des geltenden Rechtes auszufüllen geglaubt, indem er bestimmt: „Ob der andere das Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht und ob er zurechnungsfähig ist und ob der Gehilfe dies weiß, ist für die Strafbarkeit des Gehilfen ohne Bedeutung“ (§ 29).

Die angebliche Lücke besteht aber für den Fall, daß jemand einen wirklich Unzurechnungsfähigen benutzt, nicht. Wer dem Geisteskranken das Messer zur Ermordung eines anderen in die Hand gibt, nimmt, objektiv betrachtet, eine Bei-

helfehandlung vor, und, subjektiv betrachtet, will er die Tat nicht als seine, sondern als die eines andern, und doch ist sie ein typischer Fall mittelbarer Täterschaft. Würde man hier nur Beihilfe annehmen, so würde mittelbare Täterschaft durch einen Unzurechnungsfähigen herbeizuführen, kaum möglich sein. Und in einem solchen Fall würde der Mordbube, der sich hinter einen armen Geisteskranken versteckt, statt der vom Entwurf beabsichtigten härteren, eine besondere mildere Beurteilung erfahren.

In dem § 30 wirft der Entwurf die mittelbare Täterschaft mit der Teilnahme in einen Topf und erkennt völlig, daß jene Täterschaft ist. Wer nicht selbst Täter sein kann, weil ihm eine besondere Eigenschaft hierzu fehlt, kann auch nicht mittelbarer Täter werden. Wer einen Beamten täuscht und durch ihn eine Handlung vornehmen läßt, die sich als reines Amtsdelikt darstellt, begeht kein Amtsdelikt, weil das Gesetz mit seiner Strafdrohung sich nur an den Beamten wendet, ihm aber die Handlung nicht verboten ist.

Ganz unbegründet ist es, weshalb § 30 die Strafe für den mittelbaren Täter und den Anstifter, aber nicht für den Gehilfen zu mildern ermöglicht.

### **Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen.**

Dieser Abschnitt ist einer der besten im Entwurf. Nach seiner Fassung kann es keinen Zweifel mehr geben, daß die Idealkonkurrenz eine Verbrechenseinheit voraussetzt, und daß die um die Einheit des Verbrechens willen erforderliche eine Strafe eine Strafe sein muß für die Tat mit allen ihren Folgen.

Das einzige, was in diesem Abschnitt zu bemängeln ist, ist die unverminderte Kumulation mehrerer Geldstrafen. Denn ebenso, wie bei der Kumulation mehrerer Freiheitsstrafen, gilt auch hier, daß sich ihre Intensität im Fall der Kumulation steigert, und zwei kumulierte Geldstrafen ein schwereres Übel bedeuten als die gleichen Geldstrafen, die erst in längeren Zwischenräumen verwirkt und zu zahlen sind.

### **Antrag.**

Auch dieser Abschnitt mit der Neuerung einer beschränkten Vererbungsmöglichkeit des Antragsrechtes verdient Billigung. Nur ist die Fassung über die Zeit, in der der Antrag zu stellen ist, ungenau. Das geltende Recht, und wohl auch der Entwurf, wollen die Stellung des Antrages nicht in die Dreimonatsfrist einzwängen, sondern nur festsetzen, von wann an der Antrag nicht mehr ge-

stellt werden kann. Die Antragstellung muß vor genauer Kenntnis von Tat und Täter, ebenso wie heute, zulässig bleiben. Der § 39 dürfte daher dahin zu fassen sein:

Der Antrag kann nicht mehr gestellt werden, sobald drei Monate nach Kenntnis des Berechtigten von der Tat und der Person auch nur eines daran Beteiligten verstrichen sind.

### **Strafen.**

Dies ist das wichtigste Kapitel des Entwurfs.

**Todesstrafe.** Ganz abgesehen davon, ob die Todesstrafe eine zweckentsprechende Strafe ist, erscheint sie um deswillen bedenklich, weil menschlicher Scharfsinn kaum ein Merkmal ausfindig zu machen vermag, das eine nicht todeswürdige Tat zu einer todeswürdigen stempelt. Das Merkmal, das dies nach dem Entwurf tun soll, das ist die Überlegung, dürfte wohl das ungeeignetste sein, das sich finden läßt. In der Voraussetzung, daß sich ein besseres Merkmal für die todeswürdige Tat findet, kann die m. E. für normale Zeiten zu mißbilligende Todesstrafe nicht schlechthin verdammt werden. Wie ich schon früher betont habe, ist die Beibehaltung von den jeweiligen Zeitläufen abhängig. Sind diese derart, daß man nur durch die Todesstrafe auf die Verbrecher abschreckend wirken zu können glaubt, so muß man sie mit in Kauf nehmen. Hieraus folgt aber noch nicht, daß sie für diesen Fall ausschließlich beim Morde oder in allen Fällen des Mordes anzudrohen wäre.

**Freiheitsstrafen.** Der Entwurf hat die Haftstrafe als Hauptstrafe beseitigt, aber Zuchthaus und Gefängnis nebeneinander bestehen lassen. Dies scheint mir verfehlt. Wer den Strafvollzug einigermaßen kennt, weiß, daß sich in der Praxis Zuchthaus und Gefängnis verwischen und hauptsächlich nur durch die Dauer und die Anstaltsvergünstigungen, die den Zuchthaus- und den Gefängnissträflingen verschieden bemessen werden, unterscheiden. Aber das, was sie nach dem Strafgesetzbuch unterscheiden soll, steht mehr oder minder auf dem Papier.

Ich würde es sehr befürworten, aus beiden Strafen nur eine einzige schwere Freiheitsstrafe, vielleicht mit der Bezeichnung „Zuchthaus“, zu bilden und daneben für geringere Vergehen, auch für manche Übertretungen, und als Surrogat für uneinbringliche Geldstrafen die Haft zu belassen, deren Vollzug allerdings noch besonderer Regelung bedürfte.



Sehr zu erwägen wäre es auch, ob das, was das heutige Arbeitshaus so sehr gefürchtet sein läßt, nicht auf die schwerste Freiheitsstrafe, wenigstens als Zusatzstrafe für besonders verderbte Elemente, zu übertragen sei.'

Die Festungshaft ist von dem Entwurf beibehalten, nur unter anderem Namen, um den Hinweis auf einen besonderen Ort der Strafvollstreckung zu vermeiden. Aber auch schon heute wird die Festungshaft durchaus nicht immer in einer Festung vollzogen. Die Ersatzbezeichnung „Einschließung“ paßt nicht, da sie auf eine härtere Art des Vollzugs hinweist, als bei der custodia honesta angemessen sein würde. Ich ziehe daher die Übersetzung dieses lateinischen Ausdrucks „Ehrenhaft“ als Bezeichnung der Strafe vor.

Es ist auch nicht nötig, noch eine weitere besondere Art der Freiheitsstrafe in das Strafsystem aufzunehmen. Verschmelzen Zuchthaus und Gefängnis in eine einzige schwere Freiheitsstrafe, und tritt dieser für leichte Delikte die Haft zur Seite, so kann die Festungshaft als wirkliche Spezies der Haft ausgestaltet werden. Die Bezeichnung „Ehrenhaft“ ist dann auch sachlich gerechtfertigt.

Bei meinem Vorschlage würden nur zwei Freiheitsstrafen bestehen bleiben: 1. Zuchthaus, oder wie man sonst die schweren Freiheitsstrafen nennen will, und 2. Haft mit ihrer besonderen Unterart, der Ehrenhaft.

Die Bestimmungen über den Vollzug der Freiheitsstrafen sind, trotz ihrer Ausdehnung gegenüber dem geltenden Recht, lückenhaft und zeigen erneut die Notwendigkeit eines besonderen Strafvollzugsgesetzes.

Unter den leitenden Gesichtspunkten, die der Entwurf für den Strafvollzug aufstellt, verdient anerkannt zu werden, daß Zuchthaus- und Gefängnissträflinge in den ersten 3 Monaten in Einzelhaft zu halten sind. Einzelhaft ist auch für längere Zeit, in zwei Fällen unbedingt nötig: 1. wenn es sich um einen minder verderbten Gefangenen handelt, zu seinem eigenen Schutz, und 2. wenn es sich um einen besonders verderbten Gefangenen handelt, zwecks seiner Isolierung zum Schutze der übrigen. In dem letzten Fall darf aber nicht, wie der Entwurf, § 51 Abs. 5, will, die Einzelhaft aufhören bei Gefährdung des körperlichen oder geistigen Zustandes des Gefangenen; denn dafür bietet er für andere noch eine zu große Gefahr. Es ist völlig genug, daß die länger als dreijährige Einzelhaft von der Zustimmung des Gefangenen abhängig gemacht wird, die kaum versagt zu werden pflegt.

Für verminderte Zurechnungsfähige gibt der Entwurf besondere Strafvollzugsbestimmungen und sieht besondere An-

stalten vor. Diese Anstalten würden in der Praxis zu Irrenanstalten werden. Heilanstalten und Strafanstalten können aber nicht scharf genug getrennt werden. Auch von diesem Gesichtspunkte aus zeigt sich das Bedenkliche der Einbeziehung der verminderten Zurechnungsfähigkeit in den Kreis des Strafgesetzes.

**Geldstrafe.** Weit wichtiger als zur Zeit der Einführung unseres Strafgesetzbuches ist die Geldstrafe heute. Dem hat der Entwurf auch dadurch Rechnung getragen, daß er auf Freiheitsstrafe zu erkennen nur zuläßt, wenn mit einer hiermit im Gesetz zur Wahl gestellten Geldstrafe der Strafzweck nicht erreicht werden kann (§ 108). Auf den Ausbau der Geldstrafe sollte darum besonderes Gewicht gelegt werden. Es genügt nicht, daß sie in derselben Art wie heute belassen und nur ihre Mindest- und Höchstgrenze erhöht wird. Die ganze Art der Bemessung muß eine andere werden. Wohl sollen nach dem Entwurf bei Bemessung der Geldstrafe die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters berücksichtigt werden (§ 109). Aber diese Berücksichtigung kann leicht den Anschein der Willkür hervorrufen; denn es wird derjenige, der das gleiche Delikt wie ein anderer begangen hat, nicht einsehen, weshalb er bei der gleichen Deliktslage eine größere Summe zahlen soll.

Jeder Schein der Willkür fällt aber weg, und es wird der Verschiedenheit der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesetzesübertreter in bester Weise Rechnung getragen, wenn die Geldstrafe nach einer Quote oder einem Mehrfachen der tatsächlichen oder fingierten Einkommenssteuer zu zahlen ist, wenn z. B. bei einem Delikt Geldstrafe von  $\frac{1}{100}$  bis  $\frac{1}{2}$ , oder von  $\frac{1}{2}$  bis zum dreifachen der Einkommenssteuer angedroht wird.

Früher hat man gegen einen solchen Vorschlag die Verschiedenheit der Einkommensbesteuerung in den deutschen Ländern geltend gemacht. Dieser Einwand ist aber seit der Vereinheitlichung der Steuergesetzgebung hinfällig. Würde die Strafe in der vorgeschlagenen Weise angedroht, so würde trotz der Verschiedenheit der zu zahlenden Summe, jeder nach seinen Einkünften, der Arme wie der Reiche, in gleicher Weise bestraft werden.

Ein großer Vorzug vor dem heutigen Recht ist die von dem Entwurf vorgesehene Möglichkeit, die Geldstrafe durch freie Arbeit zu tilgen.

**Verweis.** Der Ausbau des Verweises zu einer allgemeinen Strafe kann nur gut geheißt werden. Denn es gibt viele Fälle, namentlich bei einer ersten Verfehlung oder einer Gesetzesübertretung aus Not, in denen auch für einen Erwachsenen nicht nur

die Verschonung mit einer Freiheits-, sondern auch mit einer Geldstrafe vollauf berechtigt ist.

### **Bedingte Strafaussetzung und vorläufige Entlassung.**

**S t r a f a u s s e t z u n g.** Die bedingte Verurteilung oder, wie sie von dem Entwurf zutreffender genannt wird, „bedingte Strafaussetzung“ anstatt der Administrativbegnadigung einzuführen, ist ein guter Gedanke. Aber so wie sie geplant ist, bedarf sie noch einer erheblichen Modifikation.

Sie soll nach dem Entwurf nur bei Verurteilung zu Gefängnis oder Einschließung zugelassen werden. Im Falle der Verschmelzung von Gefängnis und Zuchthaus zu einer Straftart müßte sie natürlich auch für die milderen Fälle dieser schwersten Freiheitsstrafe möglich sein.

Unbillig ist es, sie bei Verurteilung zu Geldstrafe nicht zuzulassen. Daß die Geldstrafe nicht aussetzungsfähig sein soll, ist um so unangebrachter, als die an ihre Stelle tretende Haftstrafe ausgesetzt werden kann. Der Entwurf läuft hier hinaus auf eine durch nichts gerechtfertigte Bevorzugung der Mittellosen und der raffinierten Gesetzesübertreter, die sich der Beibringung der Geldstrafe zu entziehen wissen.

Die Dauer der Probezeit, nach der die ausgesetzte Strafe aufzuheben ist, soll bei Übertretungen höchstens zwei Jahre dauern. Die ist m. E. zu kurz.

Bei der Beschlußfassung über die Gewährung der Strafaussetzung sollen alle möglichen Dinge berücksichtigt werden; aber die Hauptsache, daß die T a t s e l b s t in einem milden Lichte erscheint, wird nicht gehörig betont. Und doch kann das Verhalten des Täters n a c h der Tat, auf das der Entwurf besonders hinweist, erst sekundär in Betracht kommen und auch nur so weit, als es einen Schluß auf die Tat selbst zuläßt.

Unmöglich ist die Zumutung des Entwurfs an den Richter, aus der kurzen Zeit der Verhandlung einen sicheren Schluß auf den Wert und Unwert eines Menschen zu ziehen und seinem Beschluß eine Prognose über das künftige Verhalten des Täters zu Grunde zu legen.

Fast noch mehr schießt über das Ziel die Sittenrichterei, die ihm nach Ablauf der Probezeit zugemutet wird. Es ist nicht sein Amt, Sittenzeugnisse über gute Führung zu geben, wie es der § 68 von ihm erwartet. Es wäre dies auch praktisch schlecht durchführbar. Denn ein Gericht, das über die sittliche Qualifikation urteilen soll, müßte sich den Täter, wenn seine Mitglieder

ihn nicht kennen, zunächst einmal ansehen. Das ergäbe aber eine eigenartige Verhandlung, zu der der Gerichtssaal nicht da ist.

Nein, die Aussetzung muß *a u t o m a t i s c h* in Strafaufhebung übergehen, sobald die Bewährungsfrist abgelaufen ist, ohne daß der Verurteilte mit dem Strafgesetz wieder in Konflikt kam. Kam er es, dann hat der Richter Gelegenheit, in der Gerichtsverhandlung über die neue Straftat den Verbrecher kennen zu lernen, und dann kann er eine Entscheidung geben, ob die nunmehr grundsätzlich zu vollstreckende frühere Strafe nicht doch noch einmal ausgesetzt werden soll.

Nach § 65 und § 73 soll das Gericht eine Schutzaufsicht über den Verurteilten, aber mit der weiteren Freiheitsstrafe Verschonten verhängen dürfen. Dies bedeutet die Stellung unter Polizeiaufsicht in etwas abgeschwächter Form. Ich glaube, daß man mit der Stellung unter Polizeiaufsicht gerade schlechte Erfahrungen genug gemacht hat, um sie nicht wieder in neuer Form aufleben zu lassen.

Obendrein soll hier das Experiment mit den *b e s s e r e n* Elementen gemacht werden. Dabei entsteht die Gefahr, daß diese Leute infolge der Gleichbehandlung mit besonders gefährlichen Verbrechern verbittert werden. Alsdann wird aber das Gute, das die Strafaussetzung, wie die vorläufige Entlassung birgt, in das Gegenteil verkehrt.

**Vorläufige Entlassung.** Gegen ihre Regelung ist nichts einzuwenden. Da der Entlassung eine längere Zeit in einer Strafanstalt vorausgeht, in der nicht nur die Tat gesühnt, sondern auch auf den Täter erzieherisch eingewirkt werden soll, kann hier die Entscheidung sehr wohl von der Erwartung abhängig gemacht werden, daß der Entlassene sich künftig gut führt. Ein dahingehendes Urteil für die Zukunft vermag die Strafanstaltsverwaltung auf Grund einer vielleicht langjährigen Beobachtung zu geben, während es dem Richter nach der kurzen Verhandlung, in der ihm der Verbrecher meist zum ersten Male gegenübertritt, unmöglich sein muß.

Anzuerkennen ist, daß die vorläufige Entlassung nach kürzerer Strafzeit als wie im geltenden Rechte vorgesehen ist.

### **Nebenstrafen und Nebenfolgen.**

**Ehrenstrafen.** Daß eine aus ehrloser Gesinnung hervorgehende Straftat auch Ehrenstrafen neben der Hauptstrafe zur Folge hat, ist ein durchaus richtiger Gedanke. Aber zweifelhaft ist es, ob diese Nebenstrafe in der Form der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, wie wir sie heute haben, bestehen



bleiben soll. Eine Nebenstrafe, die erst zu wirken beginnt, wenn der Zuchthäusler ins Leben zurücktritt, wird stets ein starkes Hindernis für späteres Fortkommen und für die Rückkehr in ein geordnetes Leben bilden. Deshalb sollte man die Ehrenstrafen beschränken auf sofort eintretende Verluste, wie Verlust des bekleideten Amtes, Verlust der bereits erworbenen Würden, Titel, Ehrenzeichen und dergleichen.

Niemals sollte die Ehrenstrafe schlechthin als Folge der Verurteilung zu schwerer Hauptstrafe ausgesprochen werden, sondern nur, wenn die besonders ehrlose Gesinnung des Täters feststeht.

Bildet den Inhalt der Nebenstrafe nur der Verlust bereits erworbener Vorteile, so bedarf es auch keiner Wiederverleihung im Sinne des § 81. Will man aber die Ehrenstrafe ausdehnen auf den Verlust der Fähigkeit, Vorteile zu erlangen, wie z. B. Verlust der Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, so muß natürlich auch an eine Rehabilitation des Bestraften im Falle guter Führung gedacht werden.

Die Rehabilitation in die Hand des Gerichts zu legen, hat auf den ersten Blick etwas Bestechendes. Aber man darf nicht vergessen, daß selbst dann, wenn sie von derselben Instanz, welche das frühere Urteil aussprach, gewährt werden soll, das Gericht kaum noch in derselben Besetzung wie früher entscheiden kann. Dann wird aber die Rehabilitation in die Hand anderer Richter, und diesen ein Begnadigungsrecht in bezug auf das Urteil der Mitrichter gegeben. Es erscheint darum besser, die Rehabilitation des § 81, die nichts weiter als ein Straferlaß ist, derjenigen Stelle zuzuweisen, die das allgemeine Begnadigungsrecht ausübt.

**Schadenersatz.** Der letzte § des 11. Abschnittes enthält mit der projektierten Einführung eines beschränkten Adhäsionsverfahrens eine hochwichtige Bestimmung. Hiernach kann der Verletzte schon in dem Strafprozeß seinen Schadenersatzanspruch bis zur Höhe von 20 000 M. geltend machen. (cf. § 400, Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen.)

Sehr zu bedauern ist, daß nur ein Anspruch auf Schadenersatz, nicht auch ein Anspruch auf Rückerstattung für das Adhäsionsverfahren vorgesehen ist. Gibt der Dieb die gestohlene Sache, der Betrüger die erschwindelte Ware nicht heraus, so ist es gewiß überflüssig, den Geschädigten noch zur Einleitung eines besonderen Zivilprozesses zu nötigen. Läßt man einmal einen Adhäsionsprozeß in irgend einer Form zu, so muß auch der Strafrichter auf Herausgabe des verbrecherisch Erworbenen verurteilen können. Dies geht um so leichter, als ein solches Urteil

ohne Verzögerung und nach weniger umfangreichen Verhandlungen, als sie zu Feststellung des Schadensersatzanspruches nötig sind, erlassen werden kann.

Den Anspruch auf Rückerstattung im Strafprozeß zu erledigen, wird namentlich dann am Platze sein, wenn man bei Vermögensdelikten die Rückerstattung als eine Art tätige Reue, d. h. als einen Grund, die Strafe ganz oder zum Teil aufzuheben, gelten läßt. Geschieht dies, so wird dem Verbrecher das beste Motiv gegeben, den angerichteten Schaden wieder auszugleichen. Nach Scheitern seines verbrecherischen Planes wird er versuchen, sich durch Rückerstattung wenigstens eine glimpfliche Strafe zu sichern.

Kann über den Schadensersatzanspruch ohne längere Beweis-erhebung erkannt werden, so darf seine Erledigung nicht von dem Formale abhängen, daß er sich in einer gewissen Grenze (20 000 Mark) bewegt.

### **Maßregeln der Besserung und Sicherung.**

Mit dem 12. Abschnitt betritt der Entwurf ein höchst unsicheres Gebiet, das dem Richter eine über alles Maß hinausgehende Verantwortung aufbürdet. Nach dem, wie es der Entwurf will, wird der Verbrecher dem Richter eigentlich bei jedem Verbrechen oder Vergehen auf Gnade und Ungnade überliefert. Von dem Richter wird eine Fürsorge erwartet, wie sie sich sonst auf die verschiedensten Organe verteilt. Für den Jugendlichen soll er Erziehungsmaßregeln anordnen, dem Trinker darf er das Wirtshaus verbieten, in eine Trinkerheilanstalt schicken oder Schutzaufsicht über ihn verhängen, den vermindert Zurechnungsfähigen soll er einer Heil- oder Pflegeanstalt zuweisen, den Arbeitsscheuen in das Arbeitshaus bringen, den gefährlichen Verbrecher in seinem Aufenthalt beschränken, oder, wenn er es gut findet, lebenslang seiner Freiheit berauben, und beim Ausländer für dessen Ausweisung sorgen! Mit der Anordnung solcher Maßnahmen hört der Richter auf Richter zu sein. Richter und Recht gehören zusammen. Maßnahmen, die über den Rechtskreis hinausgehen, sind nicht Sache des Richters, sondern der Polizei, der die Wohlfahrtspflege zukommt. Aufgabe des Richters kann es nur sein, zu entscheiden, ob das ihm zur Aburteilung übergebene Verbrechen es rechtfertigt, dem Verbrecher den richterlichen Schutz persönlicher Freiheit zu entziehen. Hierin liegt natürlich auch die Befugnis, die Entziehung dieses Schutzes für eine bestimmte Zeit und für einen bestimmten Zweck auszusprechen. Es ist nichts da-

gegen einzuwenden, daß zwangsweise der Übertreter eines Strafgesetzes, wenn er ein Geisteskranker ist, in eine Heil- oder Pflegeanstalt, wenn er ein Trunkenbold, in eine Trinkerheilanstalt, wenn er ein Arbeitsscheuer, in ein Arbeitshaus gebracht, wenn er ein Ausländer ist, ausgewiesen wird. Aber das Gericht hat hiermit weiter nichts zu tun, als über die Zulässigkeit solcher Maßnahmen zu bestimmen. Niemals kann es, wie der Entwurf in §§ 88, 93 u. a. es will, die erforderlichen Anordnungen selbst zu geben haben. Denn wie soll es etwas anordnen können, das es durchzusetzen gar nicht in der Lage ist!

Die Zulässigkeit der Maßnahmen bestimmt das Gericht auf Grund der abzuurteilenden Straftat. Da aber für die Durchführung der Zwangsmaßnahmen noch andere Dinge in Betracht kommen, muß die Verwaltungsbehörde entscheiden, inwieweit sie von der richterlichen Ermächtigung Gebrauch machen will.

**Wirtshausverbot.** Auch das Wirtshausverbot zu erlassen, ist nicht Sache des Richters. Er kann auch hier höchstens die Zulässigkeit desselben aussprechen. Doch dürfte dies besser durch die Verwaltungsorgane, welche die Person des Trinkers genauer kennen, geschehen. Der Strafrichter hat genug getan, wenn er gemäß § 274 eine Strafe für Trunkenheit verhängt.

**Arbeitshaus.** In gewaltiger Überschätzung der symptomatischen Bedeutung der Straftat bestimmt der Entwurf, daß das Erkenntnis auf Arbeitshaus von der Bedingung abhängig gemacht werde, daß „diese Maßregel erforderlich ist, um den Verurteilten an ein gesetzmäßiges und arbeitsreiches Leben zu gewöhnen“ (§ 95). Der Richter ist gar nicht in der Lage, in der kurzen Zeit, in der ihm der Delinquent gegenübersteht, über eine solche Voraussetzung zu entscheiden. Ist er gewissenhaft, so gibt er die Entscheidung nach mehr oder minder längeren Ermittlungen. Da er aber in derselben Sitzung noch viele andere, vielleicht ähnliche Strafsachen zu erledigen hat, so fehlt ihm die Zeit zu längeren Ermittlungen in der Einzelsache. Nimmt er sie sich, so wird es sich zeigen, daß die Arbeit, die er geleistet hat, besser und schneller durch die Verwaltungsstelle hätte geleistet werden können, die mit den einschlägigen Dingen vertraut ist.

Das positive Recht mutet nichts dergleichen dem Richter zu. Nach ihm kann der Richter, ohne daß bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind und ohne lange Prüfung, Überweisung an die Landespolizeibehörde aussprechen. Diese erhält durch das richterliche Urteil die Befugnis, den Verurteilten in ein Arbeitshaus unterzubringen. Ihr erwächst dadurch nicht die Pflicht, weil sie

unmöglich dem ohne genaue Kenntnis der Persönlichkeit des Täters gewonnenen richterlichen Urteil blindlings folgen darf.

Der Entwurf erhält also in dieser Beziehung keine Verbesserung, sondern eine Verschlechterung.

**Verwahrung gefährlicher Gewohnheitsverbrecher.** Noch stärker als bei dem Arbeitshaus tritt die Überschätzung der symptomatischen Bedeutung des Verbrechens bei der nach § 100 vorgesehenen Verwahrung hervor. Hier soll der Richter gar über tatsächlich lebenslängliche Freiheitsentziehung bei einem relativ geringen Delikt, selbst bei Vergehen — und hierzu gehören eine Reihe bloßer Übertretungen des heutigen Rechts —, auf Grund der kurzen Gerichtsverhandlung entscheiden! Eine solche Verantwortung darf man dem Richter nicht aufbürden. Soll überhaupt eine solche Maßregel ausgesprochen werden, so geht es nur nach sorgfältigster Prüfung aller Einzelumstände und des gesamten Vorlebens des Delinquenten.

Die Maßregel selbst hat aber etwas sehr Bedenkliches.

Zum Teil kann sie entbehrlich werden, wenn man die Rückfallstrafe gemäß § 120 erheblich erhöht.

Würde noch die Möglichkeit einer Deportation bestehen, so würde ich für gefährliche Gewohnheitsverbrecher statt dauernder Verwahrung Unterbringung in einer Strafkolonie befürworten.

**Aufenthaltsverbot.** Wie die Stellung unter Schutzsicht, so ist das Aufenthaltsverbot ein Überbleibsel der im allgemeinen verworfenen Stellung unter Polizeiaufsicht. Bei dieser kommt wenigstens der Polizei das Verbot zu geben zu. Es dem Gerichte zu überlassen, wie der Entwurf will, ist nicht zugänglich. Auch hier darf das Gericht lediglich die Zulässigkeit eines solchen Verbotes auszusprechen haben.

**Ausweisung.** Die Ausweisung eines Ausländers könnte in weit größerem Umfange, als es der Entwurf vorsieht, als Ersatz für geringere Freiheitsstrafen und neben Geldstrafen verwendet werden. —

Alle Besserungs- und Sicherungsmaßregeln des Entwurfs bedürfen einer sehr gründlichen Durcharbeitung, bevor daran gedacht werden könnte, sie in die Praxis zu übertragen.

### **Strafbemessung.**

Die Grundsätze über die Strafbemessung zeigen den durchgehenden und schweren Fehler, daß sie die Strafrahmen der einzelnen Delikte fast illusorisch machen und dem richterlichen Er-



messen einen viel zu großen Spielraum gewähren, dies trotz aller Einzelvorschriften und trotz der fast schulmeisterlich anmutenden Anweisungen für die Strafbemessung.

**Strafmehrungs- und Strafminderungsgründe.** Im Gegensatz zu dem geltenden Recht hat der Entwurf einzelne allgemeine Strafmehrungs- und Strafminderungsgründe angeführt. Wenn auch im ganzen gegen die Aufzählung keine Bedenken walten, so muß doch dagegen protestiert werden, daß der Richter für die Bemessung der Strafe Dinge berücksichtigen soll, die mit der Straftat nichts zu tun haben. Wohl fallen das Milieu, aus dem die Tat hervorgeht, die Bewertung desselben nach dem Lebenskreis, in dem der Täter steht, ins Gewicht, und andere persönliche sowie wirtschaftliche Verhältnisse. Aber das Vorleben des Täters als solches kann, so wenig wie jedes Verhalten nach der Tat für die Strafbemessung Bedeutung haben. Man kann wohl aus der Reue und den Bemühungen des Täters, den von ihm angerichteten Schaden wieder gut zu machen, einen Schluß auf die Stärke des verbrecherischen Willens, also auf einen zu der Tat selbst gehörenden Umstand, ziehen; aber niemals darf das reuevolle Verhalten an sich schon einen Strafmilderungsgrund bilden. Sonst hätte es der abgefeimte Verbrecher leicht, sich durch eine zur Schau getragene Reue mildere Strafe zu sichern.

Kann aus dem Streben, den Schaden wieder gut zu machen, kein Strafmilderungsgrund werden, so ist es doch, wie schon oben bemerkt, sehr wohl möglich, aus der tätigen Reue bei einzelnen Delikten einen vollständigen oder teilweisen Strafaufhebungsgrund zu machen. Aber erst dann dürfte die Strafe auch nur teilweise bei Delikten wie Unterschlagung und Diebstahl wegfallen, wenn der Täter das gestohlene oder veruntreute Gut wieder zurückgegeben und so den Verletzten vor dauerndem Schaden bewahrt hat.

Der Entwurf nimmt so viel Rücksicht auf den Verbrecher, aber nicht genug auf den Verletzten.

**Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe.** Der Entwurf gebietet mildernde Umstände in weitem, und strafschärfende Umstände in beschränktem Umfange zu berücksichtigen. Während aus seiner Aufzählung hervorgeht, wann die Strafe gemehrt oder gemindert werden soll, fehlt ein dahin gehender Hinweis für die Annahme mildernder Umstände. Dem positiven Recht macht man den Vorwurf, daß es Milderungs- und Minderungsgründe nicht genügend unterscheide. Der Entwurf hat aber in dieser Beziehung nicht gebessert, sondern eher verschlechtert, indem er bei der einen Kategorie einzelne Gründe

aufzählt, bei der anderen darüber schweigt. Es bleibt nach wie vor im Dunkeln, ob Strafmilderungs- und Strafminderungsgründe sich qualitativ oder quantitativ unterscheiden sollen.

Nur für die Annahme der extremsten Milderungs- und Schärfungsgründe sind Normen angegeben. Hierdurch werden einzelne Fälle aus dem Gebiete der bloß mildernden Umstände ausgeschieden und dessen Grenzen umso schwieriger bestimmbar.

Zu begrüßen ist es, daß überall die Berücksichtigung mildernder Umstände zugelassen ist, auch bei den schwersten Verbrechen, wie dem Mord. Freilich ist hier die Grenze, bis auf welche die Strafe hinabgemildert werden kann, noch zu hoch. Bei einer überlegt vorsätzlichen Tötung aus Mitleid, Ehrenrettung oder Nahrungssorgen rechtfertigt sich gewiß eine geringere als zehnjährige Zuchthausstrafe.

Unter den zu mildernden Strafen ist nicht die Geldstrafe genannt. Es wäre aber sehr unbillig, die Berücksichtigung mildernder Umstände bei Übertretungen zu versagen. Nun soll zwar die Geldstrafe in besonders leichten Fällen wegfallen können (§ 414). Dies trifft aber nur die äußersten Fälle. Auch bedarf der Richter der gesetzlichen Ermächtigung, sich beim Urteil auf mildernde Umstände zu beziehen, um die geringe Geldstrafe, die er etwa ausspricht, in einfacher Weise und ebenso motivieren zu können, wie dies für die herabgemilderte Strafe bei anderen Delikten möglich ist.

**Rückfall.** Daß der Rückfall als allgemeiner Strafschärfungsgrund aufgenommen ist, wird wohl überall Zustimmung finden. Doch hätte neben dem generellen Rückfall auch der spezielle, d. h. die wiederholte Begehung eines mit dem früheren gleichen oder ähnlichen Deliktes Beachtung finden sollen.

### **Verjährung.**

Die Behandlung der Verjährung zeigt gegenüber dem geltenden Recht einen wesentlichen Fortschritt, indem sie der Praxis, durch fortwährende Unterbrechungen der Verjährung diese unmöglich zu machen, ein Ziel setzt. Wie die Zeit alles ändert, so müssen auch ein Verbrechen und eine erkannte Strafe mit der Zeit derart der Vergessenheit anheimfallen, daß sie für das Rechtsleben nicht weiter in Betracht kommen.

Wir haben heute zwei Arten der Verjährung; eine Verjährung der verwirkten und eine Verjährung der erkannten Strafe. Auch die letztere Art der Verjährung gilt heute als ein nicht aufzugebendes Rechtsinstitut, obwohl sie erst jüngsten Datums ist und selbst dem preußischen Strafgesetzbuch noch unbekannt war.

Noch fehlt aber die dritte Art der Verjährung, die Verjährung der — kurz gesagt — verbüßten Strafe. Diese dritte Verjährungsart hat in ausländischen Gesetzgebungen in der Form der *réhabilitation de droit* bereits Boden gewonnen, und der K. E. enthält im 13. Abschnitt wenigstens einen gewissen Ansatz dazu. Aber dies ist in den neuen Entwurf nicht übergegangen. Inzwischen sind einige Verordnungen über Löschung der Vorstrafen nach Ablauf gewisser Zeit ergangen. Hiermit ist der Anfang, auch eine verbüßte Strafe verjähren zu lassen, gemacht. Doch muß über die Verordnungen hinaus und ganz allgemein gefordert werden, daß bei Ablauf einer gewissen Zeit die erledigte, d. h. verbüßte, erlassene usw. Strafe in jeder Beziehung ohne weiteres als getilgt erscheint, derart, daß sie weder unter die Vorstrafen aufgenommen, noch in einer Gerichtsverhandlung Gegenstand der Erörterung sein darf<sup>8)</sup>. Auch der Verbrecher, der seine Strafe verbüßt hat, darf erwarten, daß, wenn geraume Zeit verstrichen ist, seine Straftat der Vergessenheit überliefert und er nicht mehr als vorbestraft behandelt wird.

Natürlich würde es auch bei dieser dritten Verjährungsart eine Unterbrechung der Verjährungsfrist — oder im Sprachgebrauch des Entwurfs — eine Verlängerung der Verjährungsfrist geben. Diese würde eintreten, wenn innerhalb einer gewissen Frist den Täter wiederum eine Strafe gleicher Schwere trifft.

### Kinder und Jugendliche.

Den Abschluß des allgemeinen Teils bildet der Abschnitt über Kinder und Jugendliche, in dem alle auf sie bezüglichen Bestimmungen zusammengefaßt sind. Nur die wesentlichste Bestimmung fehlt hier und findet sich in dem Sprachgebrauchsparagraphen, dem § 9. Das ist die Festlegung der Altersgrenze von Kind und Jugendlichen. Was weite Kreise gefordert haben, hat der Entwurf aufgenommen: er behandelt als schuldunfähiges Kind den Menschen bis zum 14. Lebensjahr.

Grundsätzlich schuldfähig erscheint der Jugendliche vom 14. bis zum 18. Jahre. Das nach geltendem Recht vom Richter festzustellende Unterscheidungsmerkmal, ob der Jugendliche bei Begehung der strafbaren Handlung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besaß, hat der Entwurf mit Recht fallen lassen. Statt dessen soll die Schuldfähigkeit in allen ihren Merkmalen geprüft werden. Freilich ist dies nichts Besonderes;

<sup>8)</sup> Vgl. Wachenfeld, Goltd. Archiv 54, 161 ff.

denn m. E. kann nicht nur nicht der Jugendliche, sondern niemand verurteilt werden, dessen Schuldfähigkeit nicht fessteht. Der § 130 enthält insofern etwas Überflüssiges.

Fehlt die Schuldfähigkeit, so soll das Gericht die erforderlichen Erziehungsmaßregeln anwenden. Statt der Anordnung selbst dürfte aber genügen, wenn das Gericht die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen ausspricht. Die ausführenden Bestimmungen im einzelnen werden besser den mit der Jugendfürsorge betrauten Behörden überlassen.

Trotz Annahme der Schuldfähigkeit kann die Strafe für den Jugendlichen nicht nur gemildert, sondern ganz erlassen werden (§§ 134, 110). Wann das eine, wann das andere, dafür fehlt es an einer festen Regel, so daß auch hier der durchgehende Fehler des Entwurfs hervortritt, dem Richter einen viel zu weitgehenden Spielraum für die Strafbemessung zu gewähren.

## Strafrecht und Sittlichkeit.

Ein Beitrag zur Beurteilung des Entwurfs zu einem deutschen  
Strafgesetzbuch von 1919.

Von

Professor Dr. Georg Kleinfeller, Kiel.

Das Bestehen eines Gegensatzes von Recht und Sittlichkeit darf ebenso wie der Unterschied zwischen Sitte und Sittlichkeit als bekannt vorausgesetzt werden. Wenige Sätze werden daher zur Einleitung genügen. Die Worte: „es ist Sitte“ enthalten ein Urteil über das Vorhandensein von Tatsachen; die Behauptung dagegen: „es ist sittlich“ stellt ein Werturteil dar. Die Sitte kann eine schlechte Sitte sein, die Sittlichkeit ist nur als etwas Gutes denkbar. Das Recht will zwar auch nur das Gute, vermag aber weder alles Gute zu gebieten, noch alles Schlechte zu verbieten. Die Normen von Recht und Sittlichkeit können sich daher nicht überall decken. Beide wollen einen dem Gemeinwesen förderlichen Zustand, sie gehen dabei jedoch ihre eigenen Wege. Beide stellen Normen auf, gebieten ein „Sollen“, beide kennen deshalb die Schuld bei Zuwiderhandlung gegen das „Sollen“. Aber die Sittlichkeitsnorm fordert das Gute um seiner selbst willen, das Recht um eines Zweckes willen, um den Frieden in der Gemein-



schaft aufrecht zu erhalten und deren Gedeihen zu fördern. Beide stehen auf dem Boden des Altruismus und verlangen, daß das Individuum sein Wohl dem Wohle des Ganzen unterordne, sich als Glied der Gemeinschaft fühle und verhalte, und doch müssen beide den Egoismus dulden. Aber das Recht läßt dem Egoismus durch das Gebot *sum cuique* mehr Raum als die Sittlichkeit. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die Rechtsordnung etwas Unsittliches duldet, z. B. das Bordellwesen, und eine Handlung wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe unter Strafe stellt, z. B. ein Duell, obwohl die Beweggründe zu der einzelnen Handlung rein sittliche waren und der Handlung selbst das Wesen des Unsittlichen nehmen.

Die Sittlichkeitsnorm darf nicht nur, sie muß beweglicher sein als die Rechtsnorm, zumal eine mit Strafdrohung versehene Rechtsnorm. Darüber, ob etwas sittlich oder unsittlich, gut oder schlecht im Sinne der Sittlichkeit ist, entscheidet nicht der nüchterne Verstand, sondern das feinere Organ des Gefühls, das Empfinden. Das mit diesem Organ zu gewinnende Werturteil kann nicht an scharf umrissene Tatbestände gebunden werden, weil für das Empfinden die kleinsten, unwägbaren und unmeßbaren Umstände ausschlaggebend sein können. Das Recht dagegen muß in seinen Normen genau begrenzte Tatbestände aufstellen, weil es nicht nur billigen und mißbilligen, sondern auch gegen Übertreibungen schützen soll. Der innerhalb einer Rechtsordnung Stehende muß ferner nicht nur wissen, was er soll und nicht soll, sondern auch, was er darf und welches die Folgen seines Verhaltens sind. Die Sittlichkeitsnormen sind unvollständige, *leges imperfectae*; sie überlassen die Folgen der Unsittlichkeit der Natur; sie erlauben zwar Notwehr, aber nicht, Gleiches mit Gleichem zu vergelten: liebet eure Feinde, segnet, die euch fluchen. Das Recht kann die Unrechtserwiderung als Selbsthilfe erlauben (BGB. § 229) oder wenigstens dulden (strafrechtliche Kompensation StGB. §§ 199, 233).

Durch die Notwendigkeit, die Folgen menschlichen Verhaltens zu bestimmen, wird das Bedürfnis nach Begrenzung der Tatbestände vermehrt. Zwar kann auch in der Rechtsordnung diese Abgrenzung der Tatbestände insoweit fehlen, als die Gerechtigkeit ein Abwägen der Umstände von Fall zu Fall durch das pflichtmäßige Ermessen des Richters oder einer Verwaltungsbehörde verlangt. Im Strafrecht jedoch müssen wenigstens die Tatbestände, an die eine Strafdrohung geknüpft ist, immer und ganz aus scharf geprägten Tatbestandsmerkmalen bestehen, nicht, weil das StGB. eine Magna Charta der Verbrecher (v. L i s z t), son-

dern weil es eine Magna Charta der Gesamtheit aller Bürger ist. Der Bürger hat ein Recht auf Nichtbestrafung in allen Fällen, die das Gesetz nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht hat (StGB. § 2, RVerf. Art. 116). Der Gesetzgeber darf diese Aufgabe, die Tatbestandsmerkmale ein für allemal zu bezeichnen, zwar einer Behörde durch Blankett übertragen, aber er darf die Abgrenzung des Tatbestandes nicht von Fall zu Fall dem Richter oder einer anderen Behörde überlassen. Durch das Bedürfnis nach festen Tatbestandsmerkmalen entsteht ein Gebiet, das der Sittlichkeit, nicht aber dem Rechte, wenigstens nicht dem Strafrecht, zugänglich ist.

Die Sittlichkeit verlangt ferner Opfer vom Einzelnen auch dem Einzelnen gegenüber und, ohne daß sie in bestimmten nahen Beziehungen zueinanderstehen, nicht nur ohne Lohn, sondern selbst, ohne Ersatz des Schadens in Aussicht zu stellen. Die Sittlichkeit fragt nicht einmal, ob der andere als des Opfers wert erscheint; das Gute soll ja um des Guten willen getan werden. Das Recht verlangt vom einzelnen Opfer um der Gesamtheit einer engeren oder weiteren Gemeinschaft willen; das Wohl der Gesamtheit ist auch dann das Ziel, wenn das Opfer zunächst einem einzelnen gebracht wird. Ein solches Opfer ist jedoch nur dann veranlaßt, wenn nach den Umständen das Opfer für die Gesamtheit als wertvoll erscheint, denn durch unnütze Opfer wird die Gesamtheit geschädigt und die Gesamtheit leidet auch Not, wenn die einzelnen Not leiden. Deshalb verspricht das Recht gewöhnlich Ersatz (vgl. z. B. BGB. §§ 904, 912; Enteignungsgesetze), mindestens in der Gestalt: wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten.

Das Recht kann nun zwar Entschädigung vermitteln, aber nicht das Gute belohnen; es kann Schadensersatz, Buße oder Strafe auferlegen, aber es kann nicht alles sittlich Verwerfliche mit Strafe bedrohen, sondern nur soweit als Tatbestände abgegrenzt werden können, deren Feststellung durch Verstandesurteil möglich ist. Eine allgemeine, erkennbare Grenze zwischen dem der Rechtsordnung, zumal dem Strafrechte, zugänglichen Gebiete und dem der Sittlichkeit vorbehaltenen Gebiete wird sich nicht ziehen lassen. Es muß jeweils an dem einzelnen Gebot oder Verbot untersucht werden, ob es sich als Rechtsnorm neben der sittlichen Ordnung aufrecht erhalten läßt und ob es die Verbindung mit einer Strafdrohung duldet. Daß ein Übermaß an Strafdrohungen das Gefühl für das Sittliche ebenso wie die Achtung vor dem Rechte untergräbt, haben wir im Kriege vor Augen gesehen. Gewußt hat es schon vorher jeder, der in den Sinn des

Satzes eingedrungen war: *pessima respublica plurimae leges*. Die Vielheit der Strafgesetze ist nicht nur Symptom für den schlechten Zustand eines Staates, sondern kann auch zur Ursache des Verfalls werden.

Im deutschen Strafrecht bietet sich nur wenig Gelegenheit, an einzelnen Normen die Überschreitung der Grenzen zu beobachten, die zwischen Recht und Sittlichkeit bestehen. Das gilt auch von dem E. Im Rahmen des geltenden StGB. kann auf dem Gebiete der geschlechtlichen Sittlichkeit § 184a als Beispiel einer Grenzüberschreitung angeführt werden. Eine Schrift, Abbildung oder Darstellung, die nicht unzüchtig, d. h. nicht geeignet ist, geschlechtliche Reizung hervorzurufen oder der Lust am sinnlich Unanständigen zu dienen, kann unmöglich das Schamgefühl gröblich verletzen, wenn sie überhaupt ein gesundes Schamgefühl zu verletzen vermag, und umgekehrt muß eine Schrift usw., die das Schamgefühl gröblich verletzt, unzüchtig sein. Nur das sittliche Bestreben, jede, auch nicht vorstellbare Gefahr, die nur ein besonders gepflegtes, überfeines Empfinden herausfühlen kann, von der Jugend fernzuhalten, hat zu dieser unlogischen Fassung führen können.

Der E. läßt im § 328 Nr. 2 den inneren Widerspruch nicht so deutlich hervortreten; aber dieser bleibt auch nach dem E. bestehen: „Wer eine Schrift, Abbildung oder Darstellung, die unzüchtig ist oder doch das Schamgefühl gröblich verletzt, einer Person unter sechzehn Jahren gegen Entgelt anbietet oder überläßt.“ Mit den Worten „oder doch“ wird das Tatbestandsmerkmal „ohne unzüchtig zu sein“, für die logische Auslegung zwingend, aufgenommen. Die Norm des § 184a StGB. und des § 328 E. läßt zwar insofern eine Beschränkung erkennen, als nur das entgeltliche Handeln bedroht wird, das unentgeltliche Anbieten oder Überlassen also dem Sittlichkeitsgebote vorbehalten bleibt. Trotzdem zeigt die unlogische und deshalb unklare Fassung des Tatbestandes, daß die Strafdrohung hier auf ein dem Rechte fremdes Gebiet übergreift. Ein Maßstab kann, wenn überhaupt, nur aus einem besonders feinen Sittlichkeitsempfinden gewonnen werden. Durchschnittsmenschen gibt es ohnehin nicht; am allerwenigsten ist der Richter ein solcher; dieser soll vielmehr über dem Durchschnitt stehen. Selbst der gleiche Mann kann übrigens bald mehr bald weniger fein empfinden.

Der E. scheint nur einen Schritt vorwärts zu tun, indem er die Alternative: „unzüchtig“ oder „gröbliche Verletzung des Schamgefühls“ deutlich aufstellt. Jeder dieser Begriffe ist für sich allein betrachtet bestimmt und klar; erst das „oder doch“

bringt die Vermengung und Unklarheit wieder hervor und erweckt die Vorstellung, daß eine Schrift usw. das Schamgefühl gröblich verletzen kann, ohne unzüchtig zu sein; wenn sie nicht unzüchtig ist, hält sie sich im Rahmen der Zucht, wie kann das, was die Grenzen der Zucht nicht überschreitet, das Schamgefühl verletzen. Will man dem Richter eine feste Grundlage der Beurteilung geben, so ist nur das eine oder das andere Merkmal aufzunehmen. Das Merkmal „unzüchtig“ verdient den Vorzug, weil es im E. wie im geltenden StGB. auch sonst als Kunstaussdruck gebraucht wird und der Erfolg der gröblichen Verletzung des Schamgefühls einen zuverlässigen Maßstab nicht erkennen läßt; die Grenze, wo die Verletzung des Schamgefühls anfängt eine gröbliche zu sein, ist nicht bestimmbar, weil die Feinheit des Schamgefühls von dem individuellen sittlichen Empfinden abhängt; insbesondere das Empfinden von Mann und Frau kann darin sehr verschieden sein: wo diese in ihrem Schamgefühl gröblich verletzt wird, sieht jener vielleicht nur etwas leicht Anstößiges. Die Betonung der entgeltlichen Handlung erweckt übrigens die Vorstellung, daß nicht die Jugend gegen Unsittlichkeiten geschützt, sondern die Gewerbetreibenden durch das StGB. zur Sittlichkeit erzogen werden sollen. Die Jugend wird durch unentgeltliches Anbieten oder Überlassen ebenso verdorben wie durch entgeltliches; nur die Gefahr tritt in dieser Gestalt seltener auf. Die Grenzüberschreitung hört nicht dadurch auf, eine solche zu sein, daß man den Übergriff in das fremde Gebiet einschränkt. Wie jedes andere Rechtsgut muß auch die geschlechtliche Sittlichkeit der Jugend noch auf anderem Wege als durch das grobe Mittel der Strafgesetze geschützt werden.

Der E. liefert jedoch ein weiteres Beispiel dafür, daß das Strafgesetz nicht jedes vor dem Richterstuhl der Sittlichkeit verwerfliche Verhalten bedrohen soll, auch wenn es sich um die höchsten Güter handelt. Der E. will im § 291 die Unterlassung der Lebensrettung mit Strafe bedrohen, wenn der Unterlassende den Gefährdeten ohne erhebliche Gefahr für sein eigenes Leben oder seine eigene Gesundheit retten kann und wenn der Gefährdete in der Gefahr sein Leben verloren oder eine schwere Körperverletzung erlitten hat. Eine allgemeine Verpflichtung zur Lebensrettung besteht nicht nach dem Sittengesetz, denn dieses kann nicht verlangen, daß jemand etwas leistet, wozu ihm die Kraft oder die Geschicklichkeit fehlt. Eine allgemeine Verpflichtung zur Lebensrettung will auch der E. nicht schaffen. Er schränkt die rechtliche Verpflichtung in doppelter Weise ein,



wiederum ohne dadurch die Grenzüberschreitung selbst nach dem Sittlichkeitsgebiet hin zu verhindern.

Inwiefern die zweite Bedingung, der Erfolg, auf dem Boden des E. bei Beurteilung der Schuldfrage zu unüberwindlichen Schwierigkeiten führt, ist hier nicht auseinanderzusetzen. In einen schweren Widerstreit der Pflichten kann der Arzt geraten, der eine bestimmte Behandlung zur Rettung des Lebens eines Patienten für nötig hält, während dieser es ablehnt, sich der Behandlung zu unterwerfen. Nimmt der Arzt z. B. den fraglichen Eingriff vor und rettet er dadurch dem Patienten das Leben, so setzt er sich der Bestrafung wegen eigenmächtiger Heilbehandlung nach § 313 E. aus; unterläßt er aber den Eingriff, so verfällt er der Strafe wegen unterlassener Lebensrettung nach § 291 E. Wenn man annimmt, die schwere Strafdrohung des § 313 hebe die leichtere des § 291 auf, so setzt man das Rechtsgut der Freiheit, das durch eigenmächtige Heilbehandlung verletzt wird, über das Rechtsgut des Lebens und gerät in bedenklichen Widerspruch mit der sonst herrschenden Wertung dieser Güter. Der E. weist nicht einmal diesen Weg; er deutet auch in keiner Weise an, daß § 291 eine nicht durch Krankheit verursachte Lebensgefahr voraussetze. Der Arzt wird also, wenn er das Gesetz kennt, lieber den eigensinnigen Kranken zugrunde gehen lassen, weil das weniger streng bestraft wird. Der E. § 291 verführt in seinem Sittlichkeitsbestreben zu einer Handlung, die er selbst brandmarkt. § 313 ist notwendig zum Schutze der Freiheit; mit § 291 dagegen hat sich der E. zu weit in das Gebiet der Sittlichkeit vorgewagt.

Nur Gefahr für das eigene Leben oder für die eigene Gesundheit soll entschuldigen. Vater und Mutter müssen also, wenn der E. Gesetz wird, ihr eigenes Kind, Bruder und Schwester das ihrer Obhut anvertraute noch hilfsbedürftige Geschwister auf der Landstraße stehen lassen, um einen Fremden aus einer vielleicht selbstverschuldeten Lebensgefahr zu retten und dann das ihrer Obhut anvertraute Kind als Opfer eigener Unvorsichtigkeit oder als Opfer eines Tieres, eines Automobilisten wiederzufinden. Auf Nothilfe (§ 22 Abs. 3 E.) kann sich der die Lebensrettung Unterlassende in solchen Fällen nicht berufen; im Augenblicke, wo er das Kind verlassen soll, droht diesem noch keine gegenwärtige Gefahr; das Tier, das Auto ist noch nicht in Sicht. Die Zumutung an den nahen Verwandten, ja an jeden, dem ein Hilfsbedürftiger anvertraut ist, muß als unsittlich bezeichnet werden.

Die Übertreibung eines an sich sittlichen Gedankens wird auch offenbar gegenüber dem Selbstmordkandidaten. Der E. be-

droht die Anstiftung und die Beihilfe zum Selbstmord weder unmittelbar, wie die Vorentwürfe zu einem Schweizer StGB.\*), noch mittelbar als mittelbare Täterschaft. Warum soll derjenige strafbar sein, der den Selbstmordkandidaten nicht aus der selbstverschuldeten Lebensgefahr rettet? Weder die Logik, noch das Gemeinwohl, noch die Rechtsordnung fordern eine Verpflichtung zur Lebensrettung ohne Rücksicht auf Vermögensopfer oder eine Berufsstellung, die diese Pflicht begründet. Nur eine sittliche Forderung kann in diesem Umfang behauptet werden. Die Rechtsordnung könnte eine solche Forderung nur aufstellen, wenn jedes beliebige Menschenleben für das Gemeinwesen unbedingt so wertvoll wäre, daß jedes Opfer um seinetwillen auferlegt werden dürfte. Die Ausnahmen des § 291: erhebliche Gefahr für das eigene Leben oder die eigene Gesundheit sind, wie schon gezeigt (S. 105) ungenügend. Wer kann ferner die persönlichen Entbehrungen berechnen, die notwendig werden, um unter den heutigen Verhältnissen z. B. einen bei dem Rettungswerk schwer beschädigten Anzug zu ersetzen; wer kann berechnen, ob nicht durch diese Entbehrungen mittelbar die Gesundheit erheblichen Schaden leidet? Welchen Wert hat der lebensmüde Neurastheniker oder gar der Verbrecher für den Staat? Welchen Vorteil soll das Gemeinwesen davon haben, daß ihm solche Individuen erhalten bleiben? Das Gemeinwesen hat eher Schaden davon. Die Verpflichtung nach § 291 aber geht so weit, daß jeder auch den aus Lebensgefahr retten muß, der sich durch das Unternehmen einer strafbaren Handlung in diese Lage gebracht hat. Wenn der Brandstifter sich durch seine Handlung der Gefahr ausgesetzt hat, selbst zu verbrennen oder zu ersticken und der Eigentümer des brennenden Hauses ihm ohne erhebliche Gefahr für Leben und Gesundheit einen Ausweg eröffnen kann, so muß er zuerst den Verbrecher retten, ehe er an seine Habe oder an seine eigenen Angehörigen denken darf. Auf Notstand kann sich auch der Besitzer des brennenden Hauses nicht berufen, denn er ist nach § 291 verpflichtet, den Schaden oder das Mehr an Schaden zu tragen, der dadurch erwächst, daß er zuerst das kostbare Leben des Brandstifters rettete. Auch hier geht der E. über die Gebote der Sittlichkeit hinaus und verlangt Unsittliches. Es ist unsittlich, mit

---

\*) Schweizer VE. 1896 Art. 54; 1903 Art. 62; 1908 Art. 66; 1916 Art. 106. Diesem E. ist vermutlich der Gedanke einer Strafdrohung wegen unterlassener Lebensrettung entlehnt. Der deutsche Kommissions-E. 1913 § 415 enthielt die Strafdrohung ebenso wie die Schweizer VE. 1896 Art. 217; 1903 Art. 232; 1908 Art. 243; 1916 Art. 299 im Zusammenhange mit der Unterlassung der behördlich angeordneten Nothilfe.

dem Hab und Gut das Wohl der Familie dem Wohle des Verbrechers hintanzusetzen, der vielleicht sein Leben noch am nämlichen Tage zu einer neuen gesellschaftsfeindlichen Handlung benützt.

Mit der Vermutung: *Quilibet praesumitur bonus donec probetur contrarium* werden diese Bedenken nicht entkräftet, die Vermutung enthält wie der Satz: *dolus non praesumitur* eine Richtschnur für den Richter, aber nicht für den Gesetzgeber und nicht für das praktische Leben. Es gibt einen Egoismus, der auch vor dem Sittengesetz besteht. Das oberste Rechtsgebot: *sum cuique tribuere* (Ulpian D I 1, 10 pr. u. 1) gilt auch für den Gesetzgeber und mahnt ihn, den Egoismus nicht weiter zu unterdrücken, als es das Gemeinwohl fordert. Der Umstand, daß im Augenblicke der Gefahr nicht untersucht und nicht festgestellt werden kann, ob der Gefährdete seine Lage nicht selbst verschuldet hat, ob sein Leben für das Gemeinwesen einen Wert hat, der Rettungspflicht und Strafdrohung rechtfertigt, beweist nicht, daß darauf keine Rücksicht genommen zu werden braucht. Diese Erwägungen sollten vielmehr von einer Strafdrohung abhalten, die auch auf Fälle angewendet werden müßte, in denen sie der Begründetheit völlig entbehrt.

Die Bedingung des Erfolges: „Wenn der Gefährdete in der Gefahr sein Leben verloren oder eine schwere Körperverschwendung erlitten hat“, legt die Frage nahe, ob beim Ausbleiben eines solchen Erfolges eine Rechtspflicht verletzt ist, oder ob unter dieser Voraussetzung auch das im § 291 Abs. 1 enthaltene Gebot der Lebensrettung wegfällt. Der deutsche Kommissionsentwurf (1913) § 415 Nr. 2 hatte Gebot und Ausnahme in einen Satz zusammengefaßt, so daß nicht nur die Strafdrohung, sondern auch die Norm durch die Ausnahme beschränkt zu sein schien. Eine so bedingte Norm wäre jedoch sinnlos. Man kann nicht ein Verhalten unter einer Bedingung befehlen, über deren Erfüllung zu der Zeit, da der Befehl befolgt werden soll, keine Gewißheit bestehen kann. Die Norm darf also nicht durch den Erfolg bedingt sein. Die Fassung des § 291 ist daher sachlich gerechtfertigt, nicht bloß stilistisch zu erklären. Die Unterlassung der Lebensrettung soll also nach dem E. immer rechtswidrig sein, wenn sie ohne erhebliche Gefahr für das eigene Leben oder die eigene Gesundheit des andern möglich ist. Praktische Bedeutung hat diese Norm, soweit die Strafdrohung nicht reicht, nur insofern, als die Unterlassung der Lebensrettung — abgesehen von den in Abs. 1 bezeichneten Ausnahmefällen — immer mit der Gefahr der Bestrafung verbunden ist, weil der Unterlassende den Ausgang nicht

kennt, und insofern diese Gefahr der Bestrafung als Motiv für Rettungsversuche wirken wird. Aber die Sittlichkeit wird durch eine solche Norm nicht gefördert werden. Die Bedingtheit der Strafbarkeit kann auch dem aus der Unbedingtheit der Norm entspringenden Motiv entgegenwirken und zur Nichtbeachtung der Norm verführen, indem die leichtsinnige Hoffnung genährt wird, der Gefährdete werde sich schon selbst helfen und weiter keinen Schaden nehmen. So betrachtet, erscheint der § 291 überflüssig und ungerecht, um nicht zu sagen, unsittlich. Die Berufung auf die sittliche Pflicht zur Hilfeleistung (Begründung zu § 291) kann daher nicht ausreichen, die Daseinsberechtigung des § 291 nachzuweisen.

Auch als reines Unterlassungsdelikt, wie die Unterlassung der Lebensrettung in den Schweizer Vorentwürfen aufgefaßt ist, läßt sich die Neuerung nicht begründen. Die letzte Fassung, die der Schweizer V.-E. im § 299 durch die zweite Expertenkommission erhalten hat, sucht alle Bedenken und Einwendungen dadurch abzuschneiden, daß sie alles dem richterlichen Ermessen mit den Worten überläßt: „Wer es unterläßt, einem Menschen in Lebensgefahr zu helfen, obwohl es ihm den Umständen nach zugemutet werden könnte.“ Dadurch würden allerdings Ungerechtigkeiten vermieden werden, wie sie der deutsche E., Gesetz geworden, verursachen könnte. Aber eine derartige Fassung eines Strafgesetzes wäre im Deutschen Reiche abzulehnen, weil unvereinbar mit der Reichsverfassung Art. 116 (ob. S. 102). Ein Blankettatbestand, den erst der Richter von Fall zu Fall auszufüllen hätte, ist kein gesetzlicher Tatbestand; er läßt nicht erkennen, welche Handlung mit Strafe bedroht ist. Noch weniger wäre es zu rechtfertigen, wenn schlechthin jede Unterlassung einer Lebensrettung, ohne Einschränkung, sei es auch nur mit Übertretungsstrafe bedroht werden würde.

Noch eine Einschränkung des § 291 ist zu erwähnen. Wer von dem Vorhaben eines Verbrechens des Mordes zu einer Zeit, in der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann, glaubhafte Kenntnis erhält, hat die Anzeigepflicht und macht sich durch die Nichterstattung der Anzeige strafbar, wenn das Verbrechen versucht oder vollendet worden ist (E. § 226, StGB. § 139). Hat er durch ernstliche Bemühungen das Verbrechen oder den Erfolg abgewendet, also dem Bedrohten das Leben gerettet, so soll er nach dem E. § 226 Abs. 3 straflos bleiben. In diesem besonderen Falle wird also die Lebensrettung nicht gefordert, sondern es genügt die Erfüllung der Anzeigepflicht, obwohl damit nur eine Möglichkeit der Rettung eröffnet wird. Der § 226 ist in-



sofern lehrreich, als er zeigt, daß § 291 eine gegenwärtige Gefahr stillschweigend voraussetzt, während im Falle des § 226 die Gefahr regelmäßig keine gegenwärtige sein wird. § 226 macht ferner darauf aufmerksam, daß die Strafe aus § 291 auch abgewendet werden kann, indem ein anderer zur Rettung veranlaßt wird. Der Reiche, der einen anderen durch Versprechen einer Belohnung gewinnt, bleibt also im Vorteil; auch diese Betrachtung mahnt von der Erhebung des § 291 zum Gesetz ab.

Ist der soziale Wert einer Lebensrettung fast immer ungewiß, so wird der sittliche Wert der Handlung ganz sicher vernichtet, wenn und soweit die Lebensrettung zum Gegenstand einer Rechtspflicht und ihre Nichterfüllung zum Gegenstand einer Strafdrohung gemacht wird. Das Rechtsgebot kann der Sittlichkeit nicht nur dort schaden, wo es einen Widerstreit der Pflichten wie beim Arzt oder bei nahen Angehörigen usw. hervorruft, sondern schadet überall, weil die Lebensrettung ihren sittlichen Wert verliert, soweit sie unter dem Druck einer Strafdrohung vorgenommen wird. Das Recht, das in seinen Tatbeständen nicht alle Möglichkeiten berücksichtigen kann, sondern Ungleichartiges einander gleichstellt, gerät in die Gefahr, sogar Unsittliches zu gebieten, indem es die Strafdrohung auf Verhältnisse ausdehnt, die ihrer Natur nach der Sittlichkeit vorzubehalten sind.

Aus diesem Grunde darf man den § 291 E. auch nicht als eine Folgerung aus Art. 163 Reichs-Verf. betrachten. Denn, wenn hier für jeden Deutschen, unbeschadet seiner persönlichen Freiheit, die sittliche Pflicht festgestellt wird, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert, so schließt gerade in diesem Zusammenhang die persönliche Freiheit auch die sittliche Freiheit in sich, die § 291 erschüttert. Dieser ist daher eher verfassungswidrig als verfassungsgemäß.

---

## Grundgedanken einer deutschen Strafprozeßreform. (II.)

Von

Dr. Leo Haber, Wien.

(Schluß.)

Ich wüßte keine Theorie im deutschen Strafprozeß, die die Aufgabe und Stellung des Untersuchungsrichters näher und genauer umschreibt. Der Untersuchungsrichter hat, wie Hans Groß von ihm verlangt hat, ein wissenschaftliches Problem zu lösen. Er hat alle Momente zu erwägen und zu berücksichtigen, die zur Klärung der Tat- und Rechtsfrage beizutragen geeignet sind. Er ist kein Parteienrichter, der zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten steht. Er ist eben untersuchender Richter, der nach Wahrheit sucht, sie finden und feststellen will. Nach ihr sucht er im Interesse der Gerechtigkeit, und er muß, um diese Aufgabe lösen zu können, dem Grundcharakter des deutschen Strafprozesses gemäß sich benehmen, wie von Lilienthal es von ihm a. a. O. verlangt. Die Untersuchung bildet für ihn ein wissenschaftliches Problem. — Das ist der Ausgangspunkt der Reform und der Kern der Sache.

Im neuen deutschen Strafverfahren muß sich somit die gesamte Untersuchung auf den Untersuchungsrichter konzentrieren. Der Untersuchungsrichter bleibt ein wahrer Richter, dessen Aufgabe sich nicht darin erschöpfen kann, Rechtsstreitigkeiten durch Urteilssprüche zu entscheiden, wie vordem ausgeführt worden ist<sup>42)</sup>. Er hat die Untersuchung im Interesse der Gerechtigkeit zu führen. Er muß somit, gleichwie bei der Untersuchung eines wissenschaftlichen Problems, alles erwägen, alles unternehmen, nichts unberücksichtigt lassen, was jener Förderung der Wahrheit zweckdienlich sein kann. Er muß vergessen, daß er nicht ein englischer entscheidender oder ein französischer Untersuchungsrichter ist. Er ist eben deutscher untersuchender Richter, der nach Wahrheit forscht und sie finden will. Er vereinigt in seiner Arbeit ein kausal analytisches und — synthetisches Wissen.

Damit ist jedoch seine Aufgabe bei weitem nicht erschöpft. Er muß die Ergebnisse seiner sich chronologisch entwickelnden wissen-

---

<sup>42)</sup> Vgl. diesbezüglich meine hier in Note 1 genannte Arbeit: „Zivil- und Kriminaljurisprudenz.“

schaftlichen Untersuchung des Strafrechtsfalles feststellen. Aus diesen Feststellungen muß alles zu ersehen sein, was sich auf den durch ihn untersuchten Strafrechtsfall bezieht, gleichviel ob Schuld oder Unschuld eines Individuums das Ergebnis davon sein wird. Denn er hat, wie noch einmal hier betont werden soll, nur nach Wahrheit zu forschen. Nach Abschluß seiner wissenschaftlichen Aufgabe hat er dem künftigen Ankläger und dem künftigen Verteidiger des Beschuldigten den Inhalt jener Feststellungen zur Verfügung zu stellen. Aus diesen haben jene, ein jeder für sich, nur das zu berücksichtigen, was sie als zukünftige Prozeßparteien für das Hauptverfahren benötigen: der Ankläger nur die Momente „gegen“ den Angeklagten, der Verteidiger nur die Erwägungen „für“ den Angeklagten. Der Ankläger hat seine Anklage auf dem Ergebnisse der wissenschaftlich durch den Untersuchungsrichter geführten Untersuchung aufzubauen, der Verteidiger ebenso seine Verteidigung. Dabei ist es diesen zukünftigen Prozeßparteien unbenommen, zweckentsprechende Anträge auf Ergänzung der Untersuchung in dieser oder jener Richtung zu stellen. Der Untersuchungsrichter, der der Untersuchung seines Strafrechtsfalles als einem wissenschaftlichen Problem nachgeht, ohne befürchten zu müssen, „daß er auf der einen Seite mit zu viel Eifer auf Überführung des Inkulpaten ausgehe, oder daß er auf der anderen Seite dessen Verteidigung zu sehr beachte“, hat diese Anträge im Sinne und aus dem Gesichtspunkte der Wahrheitserforschung zu entscheiden. Er, der den Fall am besten und aus unmittelbarer Wahrnehmung kennt, wird allein in der Lage sein zu entscheiden, ob diese oder jene beantragte Ergänzung dem Zwecke der so aufgefaßten Untersuchungsführung und dem Zwecke der materiellen Wahrheitserforschung dienlich sein kann. Er kann den Anträgen stattgeben und sodann die Untersuchung im beantragten Sinn ergänzen —, er kann auch die Anträge abweisen und die Parteien mit diesen ihren Anträgen an den erkennenden Richter weisen, wenn ihm der Fall in der Richtung der materiellen Wahrheit klar zu liegen dünkt.

Wie gesagt, haben die beiden zukünftigen Prozeßparteien, der Ankläger und der Angeklagte bzw. sein Rechtsvertreter, aus dem Untersuchungsmaterial, das ihnen zur Einsicht vorliegt, ein jeder für sich nur das zu erwägen, was seinem Parteistandpunkte in der Hauptverhandlung zu entsprechen scheint. Damit jedoch durch ein Versehen der einen oder der anderen Prozeßpartei der Wahrheit kein Abbruch geschehe, damit der Untersuchungsrichter in die Lage komme, das Ergebnis seiner wissenschaftlichen Problemuntersuchung die erkennenden Richter nicht

nur aus dem Akt oder auf Grund des einen oder anderen Parteivortrages kennen lernen zu lassen, damit die erkennenden Richter, nebst dem so aufzufassenden Parteienprozeß, auch wirklich mündlich und möglichst unmittelbar verhandeln können, muß der Untersuchungsrichter zu einem mündlichen Referenten in der Hauptverhandlung erhoben werden, in welcher er den Gang der durch ihn geführten Untersuchung den erkennenden Richtern vorzutragen hat. Als Referent darf er an der Abstimmung keinen Anteil nehmen, um sein objektives Urteil in der Darstellung des Ganges der Untersuchung nicht in Versuchung zu stellen. Er hat sich jeglicher Werturteile zu enthalten. Er hat nur über den Gang der Untersuchung, die er geführt hat, zu berichten<sup>43)</sup>.

ad 2. Mit diesem Vortrage hat die Hauptverhandlung zu beginnen. Daran hat sich die Begründung der Anklageerhebung durch den Staatsanwalt anzuschließen<sup>44)</sup>. Die Verlesung der Anklageschrift durch den Schriftführer habe vollkommen zu entfallen<sup>45)</sup>. Dabei muß dem Ankläger unverwehrt bleiben, sich seiner Aufzeichnungen zu bedienen, die er auf Grund der Untersuchungsakten sich vorbereitet hat, und auf Grund welcher er eben seine Anklage erhebt und begründet. Der Ankläger-Staatsanwalt ist nur Partei im Strafprozesse. Er vertritt das verletzte Recht, begründet vor dem erkennenden Gerichte seinen Antrag auf Bestrafung des Beschuldigten, ist durch keinerlei ihm künstlich zugemutete antithetische Stellung an der Erfüllung dieser seiner Aufgabe gehindert und ist somit in der Lage, auf natürlichem Wege seiner Stellung nachzukommen.

<sup>43)</sup> Ein Urbild dieses so aufgefaßten Vorverfahrens bilden meiner Meinung nach einigermaßen die Verhandlungen vor dem parlamentarischen Untersuchungsausschuß in Frage der Kriegverschuldung. (1919/1920.)

<sup>44)</sup> In meinem hier in Note 1 öfters genannten Buch habe ich, wie es dem gründlichen Leser nicht zu entgehen vermochte, mich gegen die bisherige Stellung der Staatsanwaltschaft ausgesprochen, ohne die Einrichtung als solche rücksichtslos zu verwerfen, die in der Zeit der Nachrevolutionszeit, ähnlich den seinerzeitigen französischen Verhältnissen, mehr denn je Anspruch auf Berechtigung erlangt. Ähnlich wie damals ist auch heute die Folge dieser Erscheinung „ein Skandal der ohnmächtigen Justiz und ein erschreckendes Anwachsen der Kriminalität“. Die Stellung, die ich von der Staatsanwaltschaft verlange, wird ihr um Bedeutendes ermöglichen, ihre Aufgabe der Anklägerschaft zu erfüllen.

<sup>45)</sup> Der Schriftführer ist ein Mitglied des Gerichtshofes in weiterer Fassung dieses Begriffes. Es war somit schon etwas Zweckwidriges und Unnatürliches durch ein Mitglied des erkennenden Gerichtes, das objektiv zu entscheiden hat, die Anklage samt ihrer Begründung verlesen zu lassen.



Nach dem mündlichen Vortrage des Untersuchungsrichters und der Anklagebegründung durch den Staatsanwalt, beginnt der normale Gang der Hauptverhandlung, die somit zu einer Rekapitulation des Vorverfahrens nach dem Grundsatz der Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Parteienprozeß, Unmittelbarkeit, Anklageverfahren, erhoben wird.

Nach der Vernehmung des Angeklagten, nach den Zeugenverhören und nach Erschöpfung des sonstigen Materials dieser Hauptverhandlung, erhalten beide Prozeßparteien ihr Wort, um den Richtern noch einmal den Fall, ein jeder von seinem Gesichtspunkte aus, zu beleuchten<sup>46)</sup>, wobei ihnen das Recht nicht unbenommen ist, während der Verhandlung ihre Prozeßanträge zu stellen, über die das erkennende Gericht, wie heute, zu entscheiden hat. Nach diesen mündlichen Schlußvorträgen schöpft das Gericht in der üblichen Weise sein Urteil.

ad 3. Durch diese Grundgedanken ist die Reform des deutschen Strafprozesses im allgemeinen gekennzeichnet. Es ist selbstverständlich, daß die gerichtliche Polizei allein dem Untersuchungsrichter zu unterstellen ist; denn er bedarf ihrer, um die durch ihn geführte Untersuchungsaufgabe erfüllen zu können. Nur müssen natürlicherweise die Organe der Kriminalpolizei ganz besonders geschult werden. Vornehmlich in der Kriminalpsychologie, wie in den allgemeinen kriminalistischen Wissenschaften<sup>47)</sup>, woran es heutzutage noch recht mangelt<sup>48)</sup>. Selbstverständlich muß auch diese Kriminalpolizei von der sonstigen Polizei getrennt gehalten werden. Sie habe nur dem Untersuchungsrichter zu unterstehen, der die Hilfe ihrer Organe allein für sich und für den Zweck seiner Untersuchung in Anspruch zu nehmen das Recht hat. Durch diese Organe läßt er eben jene Arbeit vollführen, die er selbst aus diesem oder jenem Grunde nicht vornehmen

<sup>46)</sup> In dem Erstvortrage des Anklägers nach dem Referate des Untersuchungsrichters liegt kein Übergewicht der Anklagebehörde zum Nachteil des Angeklagten. Dieser Anklagevortrag hat die im heutigen Verfahren bestehende Verlesung der Anklageschrift zu ersetzen, bildet somit nur in der Form ein Novum. Inhaltlich besteht er ja auch heute.

<sup>47)</sup> Ich wüßte nicht, warum man diese Wissenschaften mit den Namen der Hilfswissenschaften belegt. Sie sind Hauptwissenschaften des Strafrechtes und zumindest so notwendig, wie die Kenntnis der Gesetzesauslegung und -anwendung.

<sup>48)</sup> Vgl. darüber in meiner Arbeit „Zivil- und Kriminaljurisprudenz“ (Note 1 hier), in meiner Stellungnahme zur Frage der „Errichtung kriminalistischer Institute“ in Deutscher Strafrechtszeitung Nr. 5/6, 1916, in meiner Arbeit „Phonographische Aufnahmen im Untersuchungsverfahren“ Wiener „Juristische Blätter“ Nr. 15, 16, 17 vom Jahre 1916 und in anderen meinen Schriften.

kann. Die gerichtliche Polizei ist nur ein Delegierter des Untersuchungsrichters, ihm untergeordnet und unterstellt, und habe ihn bei der Erfüllung seiner Aufgabe zu unterstützen. Die Wege, auf denen dies geschehen soll, hat ihr der Untersuchungsrichter vorzuschreiben <sup>49)</sup>.

ad 4. Mit dieser so aufgefaßten Reform des Strafprozesses verbleibt auch im engsten Zusammenhang die Frage nach der Stellung und Aufgabe des deutschen erkennenden Richters. Diesbezüglich muß ich Raum mangels wegen auf meine Ausführungen in der „Deutschen Richter-Zeitung“ hinweisen, zumal die kurzgefaßte vorliegende Arbeit nur in den allgemeinen Umrissen den Umfang der Reform anzudeuten hat. Eine eingehendere Begründung muß einer späteren Arbeit zu günstigerem Zeitpunkt vorbehalten werden.

ad 5. Es gehört Mut dazu, in der heutigen Zeit ein Wort gegen die Geschworenengerichte fallen zu lassen. Ich gebe mich auch keineswegs der Illusion hin, daß die früher oder später in dem hier dargetanen Sinn einzusetzende Reform des Strafverfahrens auch die Geschworenengerichte mit einemmal abschaffen wird. Die Geister, die gerufen worden sind, werden wir nicht allzuschnell los, auch nicht bei einem reaktionären Umschwunge der Dinge, zumal nach dem napoleonischen Rezept eines Scheinzugeständnisses an die liberal gewordene Masse. Immerhin und trotzdem werde hier nur angedeutet, daß die noch spätere Entwicklung der Dinge es als sehr wünschenswert erscheinen ließe, daß der Laie, in welcher Form immer, aus der Strafrechtspflegebeteiligung verschwindet. Sogar in der Heimat der Geschworenengerichte ist diese Einrichtung seit jeher bemängelt worden, und unter anderen hat sie Brown der Unfähigkeit, der Unwissenheit, der Parteilichkeit, der Beschwerlichkeit angeklagt, und hat es auffallend gefunden, wenn man von der Fähigkeit gewöhnliche Geschäfte des Lebens oder ein Gewerbe gut zu betreiben, einen Schluß auf die Fähigkeit, auch über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden gefunden haben wollte <sup>50)</sup>.

Sogar vor wenigen Jahren, denn erst am 16. Dezember 1913 war in der „Daily Telegraph“ zu lesen: „Der Wert der Grand Jury ist für den Laien schon lange ein Mysterium gewesen, und selbst die Juristen haben Mühe, ihren Fortbestand zu rechtfertigen. Wir prophezeien, daß kein Vorschlag der königlichen Kommission

<sup>49)</sup> Die damit zusammenhängende Frage nach der Zentralisation der untersuchenden Kriminalbehörden will ich einmal in einer Sonderabhandlung bearbeiten.

<sup>50)</sup> The dark side of the Trial, London 1859.

allseitigere Zustimmung finden würde, als die Abschaffung der Grand Juries“.

Es hieße, eine Sonderarbeit zu schreiben, wenn man sich mit der Frage der Laienbeteiligung in Strafsachen befassen möchte. Das muß hier unterlassen werden. Aber auf eine Stimme aus der Reichsjustizamtkommission für die Reform des Strafprozesses möge hier verwiesen werden. So hat über diese Einrichtung Schubert gedacht: „Unfähig, in schwierigen Sach- und Rechtsverhältnissen sich zurecht zu finden, — unfähig, Wesentliches vom Unwesentlichen zu scheiden —, unfähig, Zeugenaussagen auf ihren wahren Wert zu würdigen, — fremden Einflüssen leicht zugänglich —, häufig bereits voreingenommen —, abhängig in seinem Urteil von Rücksichten auf die eigene Person<sup>51)</sup>, muß der Geschworene in Zukunft aus unserer Strafprozeßordnung verschwinden“.

Und wenn dies, wie gesagt, in der nächsten Zukunft nicht zu gewärtigen ist, so wäre wenigstens, nebst der Erwägung nur Juristen aus immer welchem Fach als Geschworene oder Schöffen für die Hauptverhandlung zuzuziehen<sup>52)</sup>, empfehlenswert, die Fragenstellung an sie bedeutend zu vereinfachen und die schlangenlangen Fragen wegfallen zu lassen. Eine Frage: „Ist N. N. des Diebstahls schuldig?“ nebst gesetzlicher Erklärung: „Diebstahl ist, wenn usw.“ wäre unter allen Umständen mehr verständlicher, als die schwulstige, bombastische, langatmige Frage, wie sie heute den Laienrichtern zur Entscheidung vorgelegt wird.

Mag aber die Entscheidung in Frage der Geschworenengerichte wie immer lauten, eines scheint mir sicher zu sein. Ein Strafprozeß, der auf den vordem genannten Grundlagen aufgebaut wäre, hätte dasjenige für sich, daß er, wenigstens mehr als es heute der Fall ist, den Grundsätzen Rechnung tragen würde, die seinerzeit für seine Reform aufgestellt worden sind. Er würde sich nicht in Abstraktionen und Antithesen verlieren, er würde nicht, dem französischen, ihn bis nun belebenden, Geiste gemäß, in das offene Meer der Abstraktionen und Prinzipien kühn und hoffnungsfroh hinaussegeln, wovon die Rückkehr zu den wirklichen Erscheinungen so schwer ist. Er würde nicht in Prinzipienreiterei und hohle, inhaltslose, der Formkultur entsprechende Lösungsworte verfallen, sondern

<sup>51)</sup> So meint auch Amschl (Beiträge zur Anwendung des Strafverfahrens, 3. Heft, Manz Verlag, Wien 1915) mit größtem Recht, daß einer der Gründe, worauf sich die Sympathie für die Geschworenen gründet, die Hoffnung auf die Straflosigkeit für den Fall ist, als einem selbst etwas Menschliches passierte.

<sup>52)</sup> Vgl. meine hier in Note 30 genannte Arbeit über „Juristen-Schöffen-Gerichte“.

wäre eher als der heutige, ein öffentlicher, mündlicher, nach Wahrheitsfindung strebender, auf dem Anklagegrundsatz und zugleich auf dem Grundsatz der Untersuchung der materiellen Wahrheit aufgebauter, deutscher Strafprozeß. Er würde zugleich die Rückkehr zu den ungetrübten und durch die Rezeption unverseuchten Quellen des germanischen, immer noch jugendfrischen und sozialen Strafprozesses darstellen<sup>53</sup>), dessen Grundsätze wir nur allzuleider versäumt und vergessen haben, bis auf den heutigen Tag wie ein heiliges Feuer aufzubewahren.

### III.

## Literatur.

### a) Besprechungen.

Vom Beruf des römischen Rechts in der heutigen Universität. Von **J. Partsch**, o. ö. Professor an der Universität Bonn und Landrichter. 1920. Friedrich Cohen, Bonn. 58 S. 8°.

Bald jeder Romanist empfindet einmal das Bedürfnis, die Existenzberechtigung des römischen Rechtes im Universitätsunterricht zu rechtfertigen. Und es ist in unserer Zeit, wo vornehmlich weit Fernstehende ihre Stimme laut ertönen lassen, in der Tat nicht überflüssig, daß gelegentlich einmal auch ein Sachverständiger das Wort ergreife. In dieser aus drei zusammenhängenden Freiburger Kriegsvorträgen erwachsenen Schrift hat Partsch diesem Bedürfnis Rechnung getragen. Er formuliert die Antwort dahin: 1. daß wir das römische Recht brauchen, weil zahlreiche Bestandteile desselben in unser Recht übergegangen sind und die auf römischrechtlichem Boden erwachsene Rechtswissenschaft „in unserer Rechtskultur aufging“; 2. weil das römische Recht zur geistigen Beherrschung des Rechtsstoffes führt und ein Erziehungsmittel zur geistigen Freiheit ist; endlich 3. „weil es zur Rechtswissenschaft gehört, die Menschheitsentwicklung auf dem Gebiete des Rechtslebens zu verstehen, und wissenschaftliche Zivilrechtstheorie zu treiben.“ (S. 6f.)

1. Auf die naturgemäß Bekanntes wiederbringenden Ausführungen über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts (S. 7 ff.)

<sup>53</sup>) Es gibt keinen mehr sozialen Ausdruck für die Auffassung des germanischen Rechtes, als jenen: Wer bricht den Frieden, setzt sich selbst aus dem Frieden.



braucht nicht eingegangen zu werden, wohl aber auf einen Einzelpunkt, auf den P. mit Recht großes Gewicht legt: auf sein Eintreten für die Beibehaltung der römischen Rechtslehre gerade im Anfänger-Unterricht an unseren — hierin übrigens auch mit den ausländischen Universitäts-einrichtungen übereinstimmenden (S. 19) — Juristenfakultäten (S. 10, 12, 19 ff.). Auch ich halte das für richtig und freue mich, auch hierin Partsch vollkommen beitreten zu können — entgegen anderen Anschauungen hervorragender Romanisten, wie jüngst wieder Zitelmanns, Die Neugestaltung des Rechtsstudiums (Beiheft Nr. 15 zu diesem Archiv, 1921), S. 24. Weil der eine oder andere geistig über dem Durchschnitt stehende Jurist, auch wohl der eine oder andere, der selbst Universitätsprofessor geworden ist, sich aus seiner Studienzeit daran erinnert, daß er in späteren Semestern ein gesteigertes Interesse am römischen Rechte gehabt hätte, kann und soll nicht den vielen Durchschnittsstudenten die bewährte Grundlage entzogen werden. Sehr gut warnt da auch Zitelmann, a. a. O. 15 vor Verallgemeinerung von Erfahrungen, die hervorragende Juristen mit ihrer eigenen Vorbereitung gemacht haben. Es trifft gewiß zu, daß das römische Recht für vorgerücktere Juristen mit tieferem Eindringen in seinen historischen Werdegang behandelt werden kann, als für Anfänger. Aber für die nicht zu vielen, die nach Kenntnisnahme vom Gegenwartsrecht noch Vorliebe für historische Forschungen haben, reichen die romanistischen Seminare und in weiterem Umfange auch die Praktika für Vorgerücktere aus. Der allgemein zugängliche Wert des römischen Rechts für unsere jungen Juristen ist und bleibt propädeutischer Natur. Die romanistischen Kategorien, und zwar, wie wir jetzt wissen (s. u.), nicht so sehr die der klassischen Jurisprudenz, als die der byzantinisch-justinianischen Rechtswissenschaft, die Systematik der das Corpus Juris Civilis nach der scholastischen Methode behandelnden italienischen und deutschen Praktiker und Theoretiker sind nicht bloß die gegebene Einführung in unsere moderne Privatrechtsgesetzgebung und -wissenschaft, sondern auch in die anderer Staaten und Völker, und dies selbst mit Einschluß der englischen Privatrechtsgesetzgebung, soweit diese systematisch überhaupt darstellt (vgl. S. 14). Das römischrechtliche Studium lehrt das, was Zitelmann, a. a. O. 12, so treffend als das Ziel unseres Rechtsunterrichts hinstellt, das „Verstehenkönnen“. Schon die ganze Privatrechtsterminologie führt immer wieder aufs römische Recht als Grundlage zurück. Setzte man an Stelle des auf dem römischen Rechtsstudium erwachsenen internationalen Anfängerunterrichts in der Jurisprudenz einen nationalen, so wäre diese Absperrungsmaßnahme etwa ein Seitenstück zur ausschließlichen Anwendung des „deutschen“ Alphabets in Druck und Schrift. Ob und inwieweit es aber gelingen wird, eine moderne internationale allgemeine Privatrechtslehre aufzubauen, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander. Vorhanden ist eine solche jedenfalls noch nicht. Das römische Recht aber ist, wie der Verfasser S. 22 mit Recht hervorhebt, geeignet, schon im Universitätsunterrichte „die moderne Rechtsvergleichung der Privatrechte zunächst unserer europäischen Kulturgemeinschaft“ anzubahnen, werden doch „in der ganzen Welt heute die Begriffe des römischen Rechtes als eine Art begrifflicher Gemeinsprache der Völker vorausgesetzt“.

2. Im zweiten Vortrag glaubt P. auf diejenigen fürs römischrechtliche Studium angeführten Argumente verzichten zu können (S. 25 ff.), welche das römische Privatrecht zur Auslegung von Gesetzesvorschriften unseres bürgerlichen Rechts, als „Turnplatz“ zur Einübung juristischen Scharfsinns — vgl. jetzt wieder Zitelmanns Bemerkung, a. a. O. 22 über dieses unersetzbare „geistige Turngerät“ — endlich als „Frage-

kasten“ für Rechtsfälle des heutigen Rechts bewerten. Ich könnte mich nicht entschließen, diese herkömmlichen Argumente so zurückzustellen, und kann darum hier dem Verfasser nur insofern beistimmen, als auch m. E. außerdem das römische Privatrecht zur Einführung in das Verständnis des bürgerlichen Gesetzbuches und zur wissenschaftlichen Handhabung des geltenden Rechts unentbehrlich ist: eine Position, die neuerdings selbst Zitelmann, a. a. O. 21, preiszugeben geneigt ist. Partsch dagegen will eben die letztgenannten Gründe fürs römische Recht allein gelten lassen (S. 27 ff.). Klare und bündig erörterte Einzelheiten beweisen, was P. vom römischen Rechte für das unsrige erwartet und erwarten darf. Wie fein sind die Ausführungen, die der Historiker gibt, um das Unpraktische der Bestimmung von der abstrakten Natur der Tradition nach BGB. § 929 möglichst zu paralysieren (S. 33 ff.). Oder die Lehre von der culpa in concreto-Haftung, die sich uns heute als durchaus unpraktisch erweist, aber auch in der römischen Rechtsgeschichte nicht als praktisches Produkt der Tätigkeit der Klassiker, sondern als Produkt der gelehrten Theorie der Byzantiner begegnet, also auch in der Antike nicht die Probe des Lebens bestanden hatte.

3. Weniger Anfechtung hat der Romanist dort zu gewärtigen, wo er sich seiner rein rechtsgeschichtlichen Forschung hingibt (S. 42 f.). Ich freue mich, nachdem ich über die Stellung des römischen Rechts im Rahmen der anderen Rechte in diesem Archiv jüngsthin ausführlich gehandelt habe, beim Verfasser den Satz von einer „großen Entwicklung des Rechtsgedankens der Menschheit“ zu lesen, „die über der Geschichte der einzelnen Rechtsordnung stehe“ (S. 44). P. verweist mit Grund auf die Eigenartigkeit der solcher Problemstellung zugrunde liegenden Denkweise, die sowohl den nicht historisch gerichteten, mit einem positiven Recht befaßten Praktiker, als auch manchen Historiker fremd anmuten muß. Vor uns steht da immer wieder, wie ich a. a. O. näher ausführte, das philosophische Problem der Wertung statt der bloßen Feststellung und Erklärung der historischen Erscheinungen und ihrer Ursachen. Der Religions- und Philosophiegeschichte ist solche juristische Denkart am meisten verwandt. P. nennt das „Zivilrechtstheorie“ (S. 44).

Was dann der Verfasser (S. 46 ff.) in seinem kursorischen Überblick über die Privatrechtsentwicklung bei den Römern ausführt, zeigt überall den über der Sache stehenden Forscher: das Griechische und Ungriechische in den Zwölftafeln, die griechischen Einflüsse in der Rechtsentwicklung der Frührepublik, und hier wie dort überall die festen Spuren des echten originellen Römertums, das sich in den eigenartigen privatrechtlichen Sätzen der veteres zeigt, wie der Grundsatz von der Korrespondenz der Formen bei Eingehung und Lösung des Schuldverhältnisses (S. 49) und manches andere gut gewählte Beispiel. Der griechische Einfluß wird stärker in den letzten beiden Jahrhunderten v. Chr., aber er wirkt doch mehr dort, wo sich die Jurisprudenz mit anderen Wissensgebieten berührt, als wo sie selbständig wirkt. Dann die volle Entfaltung des Geistes des römischen Rechts in der klassischen Jurisprudenz (S. 50 f.). Forschung und insbesondere Universitätslehre müssen das, was hier die letzte Generation unserer Romanisten geschaffen hat, erst ganz erwerben, um es zu besitzen. S. 51 ff. wird das Problem Reichsrecht und Volksrecht immer originell und lesenswert behandelt, dort auch, wo an öfter genannten Beispielen, wie am Grundbuchsrecht der Papyri, demonstriert wird. S. 53 wird auf rechtsgeschichtliche Aufgaben verwiesen, welche die Periode noch zu lösen aufgibt, in der

das römische Recht im Osten praktisch rezipiert worden ist oder werden sollte. Da ergeben sich Folgeerscheinungen, wie in Deutschland vom 15. zum 19. Jahrhundert. Familien- und Erbrecht wehren sich überall am stärksten gegen fremdes Recht. Das Dunkel des 4. und 5. Jahrhunderts, in das hineinzuweichen eine ebenso reizvolle Aufgabe ist, wie die Erforschung der zuerst aus den grauen Zeiten der Vorgeschichte sich heraushebenden Rechtssätze des königlichen und frührepublikanischen Roms, dieses 4. und 5. Jahrhundert bereiten den Boden für die neue byzantinische Jurisprudenz der Rechtsschulen von Berytos und Konstantinopel. Hier taucht erst in großen Umrissen die Arbeit jener Professoren über die Schwelle der rechtsgeschichtlichen Forschung empor, deren „Schüler“, wie der Verfasser den Kaiser mit Recht nennt (S. 55), Justinian war. An dieser Erkenntnis wird in neuester Zeit gearbeitet und P. ist auch hier auf dem Plan: das zeigt sich auch in dieser Schrift in den andeutenden Bemerkungen S. 54 ff. Peters, der hier schon nach seiner bekannten Erstlingsschrift so viel mitzuwirken berufen gewesen wäre, ist ein Opfer des Krieges geworden. Dieselbe Forschungsrichtung, stark durch die neu entdeckten byzantinischen Papyri belebt und beeinflusst, hat natürlich auch außerhalb Deutschlands ihre Jünger. Gut vorbereitet ist da auch die italienische Romanistik. Ich nenne von neuen Werken nur den 1916 erschienenen zweiten Band von de Francisci, *Συναλλαγμα* Storia e Dottrina dei cosiddetti contratti innominati. Schon der großzügige Überblick, den Partsch über die von diesen byzantinischen Juristen geschaffenen oder doch ausgebildeten Denkformen, die wir „römische“ zu nennen pflegen, gibt, zeigt den ausschlaggebenden Einfluß dieser Juristen auf unsere Rechtsdogmatik (S. 56 f.). Die Kasuistik der Klassiker ist eine ganz andere juristische Tätigkeit gewesen. Aber mögen manche Formgestaltungen der Byzantiner unrichtig oder verzeichnet sein: keine Dogmatik kann sich in einer Fülle von Einzelentscheidungen ohne solche systematische Versuche dauernd genügen. Die Dogmatik braucht das zusammenfassende große System, und insbesondere der Rechtsunterricht muß auch den für die Praxis bestimmten jungen Juristen davor bewahren, lauter Bäume zu sehen, aber keinen Wald.

Ich habe im bisherigen wesentlich zustimmend referiert. Nun noch ein Punkt, der mir für die Bedeutung des römischen Rechts in mehr als einer Hinsicht wichtig scheint, besonders wenn wir über die speziell privatrechtliche Interessensphäre hinausblicken. Die ganze Arbeitsrichtung des Verfassers ist bei allem Schöpferischen und Neuen doch in der Auswahl des zur Bearbeitung genommenen Stoffes insofern konservativ, als sie vom römischen Recht denjenigen Teil herausnimmt, der seit der Rezeption die deutschen Juristen meist allein interessiert hat. Außer der durch die Quellenlehre gebotenen, meist aufs notwendigste beschränkten Exkurse aufs Staatsrecht hat in der heutigen romanistischen Forschung außer dem Privatrecht fast nur noch der Zivilprozeß Interesse gefunden, also das Grenzgebiet, das vom privaten zum öffentlichen Recht auch im Formularverfahren hinüberführt, steht doch hier neben der von den Parteien in der Formel vereinbarten Schiedsgerichtsbarkeit des Geschworenen das *iussum de iudicando* des Gerichtsherrn. Aber im übrigen hat die romanistisch gerichtete Literatur das öffentliche Recht seit Mommsen im wesentlichen den Althistorikern überlassen und auch von so wichtigen Fragen wie der neuerdings so viel erörterten staatsrechtlichen Stellung des Julius Caesar und des Augustus und der verschiedenen Beurteilung des Prinzipates nur vorübergehend Kenntnis genommen. Und doch sind öffentlich-rechtliche Fragen in unserer jetzt so viel mehr dem öffentlichen Recht und der Politik zugewendeten Zeit auch für den akademischen Unter-



richt von großem Werte. Mehr noch als für das römische Privatrecht, wo der Verfasser das Fehlen des modernen deutschen Lehrbuches beklagt, das die Fühlung der Studierenden mit der neueren und neuesten romanistischen Forschung herstellen könnte (S. 51), fehlt es für das öffentliche Recht der Römer zurzeit noch auch nur an einem Grundriß, der nicht nur quellen-geschichtlich orientiert wäre. Emil Stroh al, mit Leib und Seele Zivilist — der Verfasser zitiert ihn S. 18 —, hat mir an einem schönen Meraner Ostertag vor mehr als zehn Jahren die Notwendigkeit einer Geschichte des öffentlichen Rechts der Römer in der diesem unvergeßlichen Manne eigenen lebhaften Art in einer Weise auseinandergesetzt, die zu meiner Freude dem genau entsprach, was ich mir selbst hierüber überlegt hatte. Und ich glaube, daß auch Partsch in der Aufstellung dieses Desideriums beipflichten wird. Wie alle modern gerichtete römische Privatrechtsdarstellung auch das griechische und hellenistische Recht mit heranzieht, so müßte sich freilich auch das Studium des öffentlichen Rechts der Römer die Parallelen und Gegensätze von Griechen und Orientalen möglichst nutzbar machen. Was lehrt da gerade uns Deutsche die griechische Staatslehre und die praktische Staatspolitik, jene Großes und Beherzigenswertes, diese gerade für uns in mancher Hinsicht als warnendes Beispiel: die hemmungslose Demokratie, wie zeitweise in Athen; die staatsrechtliche Durchführung des unerbittlich zu Ende gedachten Stadtstaatsgedankens, der das Aufstehen eines griechischen Nationalstaates über den Poleis ausschloß. Haben nicht auch wir Leute genug, die um der Durchführung einer Theorie willen ruhig das pereat republica mit in den Kauf nähmen? Hier kann einmal das Griechentum Warnung sein, wie man es nicht machen darf. Auch das ist bezeichnend, daß erst dem halb barbarischen Makedonentum die Einigung des Griechentums gelang. Erst der Gegensatz gegen das Griechentum läßt die römische Staatskunst voll erkennen und zeigt die Stellen, wo sie nachahmenswerte Wege einschlug. Auch Rom hat die Monarchie zeitweilig abgeworfen und mit einer an moderne Parallelen gemahnenden Ängstlichkeit jede Restauration ausgeschlossen. Auch der Römer hat eine extreme Demokratie eingeführt, aber praktisch im Imperium auch des republikanischen Magistrates und in der Stellung des Senats Schranken errichtet, die den Staat auch in Zeiten innerer Wirren nach außen hin aufrecht erhielten. Auch Rom ist Stadtstaat gewesen, aber es hat — anders als Athen — den Weg gefunden, über die Grenzen der Polis hinaus so zu herrschen, daß die Beherrschten, oder richtiger die politisch entscheidenden Kreise der Beherrschten, an das römische Interesse gebunden waren. Anders ausgedrückt: Rom hat es verstanden, mit einer relativ kleinen Anzahl von Römern eine gewaltig große Zahl von Nichtrömern und ein ungeheures Ländergebiet jahrhundertlang zu beherrschen. Die Parallele zum britischen Weltreich drängt sich heute mehr denn je auf. Sie in eingehender Darstellung zu ziehen, hat in neuester Zeit das Buch von J. Hatschek, Britisches und Römisches Weltreich, eine sozialwissenschaftliche Parallele, 1921, unternommen. Wie die Staatslehre der Griechen noch heute für unsere Staatslehre theoretisch unentbehrlich ist, so ist — was man viel weniger zu erkennen scheint — das Verwaltungsrecht der Römer die hohe Schule für denjenigen, der einmal beim Fenster seines Hauses hinaus-blicken will und dabei nicht gleichzeitig das Bedürfnis empfindet, sofort mit seinem Kopfe anzustoßen. Die Tatsache, daß unser öffentliches Recht nicht wie das private auf römischrechtlicher Rezeption beruht, daß unsere Reichsverfassung von 1871 so wenig mit dem kaiserlichen, wie die von 1919 mit dem republikanischen Rom zu tun hat, hindert nicht die Erkenntnis, daß sich auch hier „eine große Entwicklung des Rechtsdenkens der Mensch-



heit ergibt, die über der Geschichte der einzelnen Rechtsordnung steht“ (Partsch, S. 44).

Ich würde mich freuen, wenn ich für diesen Zusatz zum Referat ebenso den Beifall des Verfassers fände, wie ich seinen Ausführungen beipflichtet habe.

Partsch schließt mit der Hoffnung, daß die internationalen wissenschaftlichen Beziehungen auch in der Romanistik wieder aufleben werden. Das ist, was wenigstens Engländer und Italiener angeht, auf dem Wissensgebiete der Rechtsgeschichte und insbesondere der Papyrologie schon jetzt der Fall. Und wir dürfen hoffen, daß auf den unfruchtbaren, nur Werte vernichtenden Wettstreit der Waffen ein fruchtbarer und aufbauender Wettstreit der Kultur folgen werde. Daß hierbei Deutschland in Ehren bestehe, ist Sache vor allem der jetzt an unseren Hochschulen studierenden Jugend.

München.

L. Wenger.

Vom Wert der Rechtsgeschichte. Akademische Antrittsrede, gehalten am 17. Mai 1909 von **Paul Mutzner**, Professor der Rechte an der Universität Zürich. Zürich 1919, Schultheß & Co. 17 S. 8°.

Betrachtungen, wie sie in unserer Zeit wiederholt zutage treten, herbeigeführt durch die Erschütterung der lange allein herrschenden historischen Rechtsschule und durch das neuerliche Erstarken rechtsphilosophischer Forschung, durch Ideen, die dem alten, oft totgesagten, aber immer wieder in anderer Formulierung lebendigen Naturrecht entsprechen, solche Betrachtungen führen den Verfasser zu einer Verteidigung des Wertes der Rechtsgeschichte. Ohne in so wenigen Seiten irgend erschöpfend sein zu wollen, bietet das Schriftchen doch in anspruchsloser Form manche wertvolle Beobachtung. So die sehr richtige, aber von denjenigen, die Definitionen des Rechts geben, nicht gerne wahr gehabte Bemerkung, daß die Gegensätze der Auffassung vom Wesen des Rechts „in letzter Linie im Zwiespalt der Weltanschauungen wurzeln und deshalb wohl nie ganz verschwinden dürften“ (S. 5). Auch der Verfasser gibt zu, „daß die Frage nach dem Wesen des Rechts der Rechtsphilosophie angehört und daß ihre Lösung auf spekulativem Wege versucht werden muß“ (S. 6), aber er betont auch mit Recht die Bedeutung der Rechtsgeschichte als Stoffbeschafferin und -bereiterin für die von der Rechtsphilosophie zu fällenden Werturteile. Und seine Auffassung berührt sich da mit der Kohlers, wenn er bemerkt, „daß hinsichtlich der Frage nach dem Wesen des Rechts die Rechtsphilosophie und die Rechtsgeschichte sich in unausgesetzter Arbeit gegenseitig befruchten“ (S. 7). Die Stellung, die M. zum Naturrecht einnimmt, ist nicht ganz eindeutig; einerseits rückt er von ihm ab und betont die Rechtsbildung in kleineren Kreisen gegenüber der Entwicklung eines gleichförmigen Weltrechts, andererseits spricht er aber doch vom heute geltenden Recht als einer Etappe im ewigen Werdegang der Dinge (S. 8f.). Meint der Verfasser damit nur einen Kreislauf oder eine Aufwärtsentwicklung? Wenn M. selbst das Recht als „die Ordnung der menschlichen Gemeinschaft“ bezeichnet (S. 16), so trifft das insofern nicht zu, als das Recht nur eine der Ordnungen ist, die das menschliche Zusammenleben regeln, neben ihm steht, um nur eines zu nennen, die Sitte. Im übrigen ist es hübsch, einmal wieder die historische Betrachtungsweise des Rechts vom schweizerischen Standpunkt aus gewürdigt und Nationalismus und Demokratie für sie ins Feld geführt zu sehen (S. 12).

München.

L. Wenger.

**Seeberg, Reinhold, Lehrbuch der Dogmengeschichte. Band IV, 2. Hälfte (S. 395—986):** Die Fortbildung der reformatorischen Lehre und die gegenreformatorische Lehre. 2. und 3. durchweg neu ausgearbeitete Auflage. Leipzig 1920. A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl. 54 M.

Dieser Halbband schließt die große Dogmengeschichte des bekannten Berliner Theologen ab. 1908 erschien der 1. Band der 2. Auflage und ließ sofort erkennen, daß das handliche zweiteilige Lehrbuch der 90er Jahre sich zu einem ganz neuen Werk, einer umfassenden Gesamtdarstellung ausgewachsen werde. Heute liegt es in 4 stattlichen Bänden von über 2700 Seiten vor (von denen allerdings die ersten beiden schon wieder vergriffen sind) und kann den Anspruch erheben, daß es einen gewissen Abschluß der methodischen Behandlung der christlichen Dogmengeschichte in der Gegenwart bedeutet. Das Eigentümliche dieser Methode, die auch die großen Werke von A. Harnack und Fr. Loofs beherrscht, war die Zusammenarbeit der allgemeinen Ideenentwicklung mit den einzelnen Lehren und die Verbindung genauer Quellenanalysen mit einer fortlaufenden Darstellung der Gesamtentwicklung. Nach beiden Richtungen hin, der exakten Erhebung des Gedankeninhalts der Quellen und der großzügigen Darstellung der Gesamtgeschichte des christlichen Geistes bis zum Abschluß der Dogmenbildung in den Sonderkirchen, hat S. die große Aufgabe glänzend gelöst und ein monumentales Werk geschaffen, das gleich ausgezeichnet ist durch souveräne Beherrschung des gewaltigen Stoffes wie durch geistvolle und klare Herausarbeitung der leitenden Ideen und maßgebenden Entwicklungslinien. Wer sich eingehender mit S.s Dogmengeschichte beschäftigt, staunt immer wieder über die Fülle neuer, wertvoller Gesichtspunkte, die er für das Verständnis der Quellen der verschiedenen Zeitalter gefunden hat, und über das meisterhafte Geschick, die großen Linien der religiösen Ideenentwicklung aufzuzeigen und die innere Verbindung mit der allgemeinen Geistesgeschichte zu gewinnen. Es mag sich um die Periode der Herausbildung des Dogmas in der alten Kirche, wo S. die traditionellen Elemente des Urchristentums in bemerkenswert neuer Weise für die kirchliche Lehrgestaltung zu verwerten weiß, oder um die mittelalterliche Entwicklung, die S. mit anerkannt überlegener, selbständiger Kenntnis und scharfer Zeichnung der Typen der theologischen Bewegung in ihrem allgemeinen kirchen-, kultur- und geistesgeschichtlichen Zusammenhang würdigt, oder um die geistige Welt Luthers handeln, die S. mit monographischer Ausführlichkeit quellentreu, literaturbewandert und mit hellem Blick für das Genial-Schöpferische darstellt und religionsgeschichtlich neu beurteilt als die umfassendste und reinste Durchführung der Erlösungsreligion — immer ergeben sich aus dieser Konzeption wirksame Anregungen zur Weiterarbeit, zur Belebung des allgemeinen dogmengeschichtlichen Interesses, zur Vertiefung der üblichen Problemstellungen und zur Auswertung des gesammelten Materials für die religionsphilosophische, rechtsphilosophische und geschichtsphilosophische Betrachtung überhaupt. Der letzte Halbband reiht sich seinen Vorgängern ebenbürtig an. Er stellt zunächst die protestantische Dogmenbildung von der Augsburgischen Konfession bis zur Konkordienformel und von den älteren reformierten Bekenntnissen bis zur Dordrechter Synode dar. Dabei wird die Bedeutung Melancthons, der die evangelischen Ideen methodisch verarbeitete, aber zugleich ins Rationale zurückbog, und Calvins, der die Synthese fand zwischen dem Evangelium Luthers und einer humanistischen Weltanschauung, „ein Organisator aber kein Entdecker“, scharf herausgestellt. Sehr bedeutsam ist die Aussprache über die Fortbildung des Calvinismus zum „Anglocalvinismus“, jenem „System, das in bewunderungs-

würdiger Weise aus der pragmatistischen Verwertung der Religion für die gegebenen Interessen einer demokratisch-kapitalistischen Lebensordnung erwachsen ist“, einem „der hervorragendsten Typen in dem geschichtlichen Leben der Menschheit“ (S. 641). Hier zeigt S. einen Scharfblick für das Wesen des angelsächsischen Geistes — den rationalen Supranaturalismus, den pragmatistischen Eudämonismus, die äußerliche Orthodoxie, die praktische Auffassung der Toleranz, die Ersetzung der Bibelautorität im Staatsleben durch die Autorität der christlichen Gesellschaft, den religiös fingierten politischen Demokratismus —, der der Wirklichkeit wesentlich mehr gerecht wird als die von M. Weber und E. Troeltsch aufgestellten Gesichtspunkte. Zugleich zeigt sich hier ein verheißungsvoller Ansatz zur Ausweitung der dogmengeschichtlichen Betrachtung zu der einer Geschichte des christlichen Geistes überhaupt im Zusammenhang mit der allgemeinen Geistesgeschichte bis zur Gegenwart. Von dem vorläufigen Abschluß des protestantischen Lehrbegriffs kommt S. zu dem Abschluß der Dogmenbildung in der katholischen Kirche: Gegenreformation, vortridentinische Reformtheologie, das Tridentinum, das den Ertrag der mittelalterlichen Theologie als Kirchenlehre fixiert, jansenistische Streitigkeiten, Kurialismus und Episkopalismus und das das Dogma von der Kirche abschließende vatikanische Konzil werden an der Hand reichlicher Quellenbelege dargestellt und in ihrer dogmengeschichtlichen Bedeutung eingehend gewürdigt. Der Schlußparagraph zeigt noch einmal in weitausholender, geistvoller Überschau die konfessionellen Typen, die das Ziel der dogmengeschichtlichen Entwicklung bildeten, griechische Kirche, römischen Katholizismus, Luthertum und Calvinismus, als verschiedene notwendige Ausprägungen der christlichen Urideen, verschieden je nach dem durch die nationale Art, die besondere Bildung und Kultur der Völker bedingten religiösen und geistigen Bedarf. Dabei wird die germanische Art des Luthertums betont, das mit der Epoche des deutschen Idealismus die Religion Luthers mit ihrer Innerlichkeit und Freiheit wieder hervorbrechen ließ, und dem gerade in der Weltnot der Gegenwart die weitreichendsten Aufgaben zufallen.

Es versteht sich nach der ganzen Anlage des S.schen Werkes leicht, daß es an vielen Stellen im Stoff und in den Problemen sich mit der Rechtswissenschaft berührt und namentlich mit Kirchenrecht, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie in einem verständnisvollen Verkehr von Nehmen und Geben steht. Das Problem „Kirche und Staat“ kehrt in allen Stadien der kirchlichen Ideenentwicklung wieder, vom Zeitalter Konstantins bis an die Schwelle der Gegenwart; liest man etwa bei S. nach, was er da über Augustin, das germanische Mittelalter und die päpstliche Universalmonarchie, Luther und Calvin, die Reformationskirchen oder das Vatikanum und ihre Stellung bringt, so ergeben sich auch juristisch interessante Gesichtspunkte. Die Linie, die von dem Natur- oder Vernunftrecht der Stoa und der römischen Juristen zu der Auffassung des positiven Rechts in Kirche und Staat bei den Denkern des Mittelalters, im Tridentinum, aber auch bei den Reformatoren führt, wird von S. fein herausgearbeitet usw. usw. Vor allem sei hier noch einmal auf S.s erfolgreiche Bemühungen hingewiesen, die innere Dialektik der kirchlichen Ideenentwicklung in ihrem Zusammenhang mit der allgemeinen Geschichte der philosophischen und ethischen Kultur Tendenzen zu zeigen, z. B. in der Behandlung der mittelalterlichen Geistesgeschichte und in der kulturgeschichtlichen Würdigung der Reformatoren und der Reformationskirchen. Die Perspektiven, die sich hier ergeben, führen hinaus über den Rahmen der Einzelwissenschaft und dienen der Aufhellung der Geschichte des menschlichen Geistes überhaupt. Man mag bedauern, daß infolge der Abgrenzung der Dogmengeschichte S.s geschichtsphilosophische



Reflexionen sich nicht auf das ganze Gebiet der Geschichte des christlichen Geistes erstrecken, namentlich die Entwicklung des Protestantismus seit der Aufklärung außer Betracht lassen — was vorliegt, ist beachtenswert genug, um die solide und ertragreiche Arbeit der theologischen Dogmengeschichte fruchtbar machen zu helfen für die großzügige Erfassung der geistigen Gesamtbewegung der abendländischen Menschheit.

Professor Dr. Johannes Behm (Königsberg).

**Del Vecchio, Giorgio, L'evoluzione dell'ospitalità** (Rom 1902, auch *Rivista italiana di sociologia* VI. 1902.) 15 S.

Dieser kleine Traktat setzt mit einer Spekulation über die Vaterlandsliebe an. Del Vecchio führt sie in sinniger Art auf die Kindheitserinnerungen zurück und auf das starke Gefühl, das sich mit der Vorstellung der Kindheitserlebnisse im späteren Alter verbindet. Dies Gefühl sei deshalb so stark, weil verborgen der Wunsch, das Leben neu zu beginnen, ihm innewohne. Diese natürliche, angeborene Heimatliebe sei der Keim, aus dem dann Einflüsse der Erziehung die eigentliche Vaterlandsliebe entwickelten, in ihrer Gestalt als politisches Gefühl. Die zu einem großen Teil auf den Beutezug gestellte Wirtschaft der frühen Völker zeugt notwendig Anhänglichkeit an das eigene Gemeinwesen, Haß wider alle Fremden; entsprechend bilden sich die Gewohnheiten, Gesetze, religiösen Ideale und Ehrbegriffe. Daher die Ausprägung der Tugend als militärische *virtus*, die Verachtung des Gewinns durch Arbeit gegenüber dem durch Raub. „*Pigrum quin immo et iners videtur sudore acquirere quod possis sanguine parare*“ (Tac. Germ. 14). Obwohl der entsprechende niedere Begriff von Vaterlandsliebe im modernen Leben seine Berechtigung verloren hat, ist er doch bei sehr vielen Leuten noch vorherrschend; und gilt es im allgemeinen für lobenswert, eigenes Unrecht einzusehen, so halten diese Chauvinisten es für tadelnswert und Mangel an nationaler Gesinnung, zuzugeben, daß jemals der eigene Staat sich übel betragen habe (Spencer). Soweit bleibt es bei systematischem Fremdenhaß. Immerhin haben die Zeiten sich geändert, der Friede ist nicht mehr bloße *pax*, aus besonderem *pactum* erflossen, sondern der normale Zustand.

Anstatt bloß aus der beraubten Arbeitskraft des Nächsten (Stbg.), hat der Mensch sich gewöhnt, aus der Nutzbarmachung der Naturkräfte seine Nahrung zu ziehen; es entsteht der Gewerbetrieb, und damit tritt allmählich der Tausch an die Stelle des Raubes; „der Handel spinnt sein Gewebe von Vertrauen und Friedfertigkeit aus“. Aus den seltener gewordenen Kriegen schwindet der Beutezweck wie die Grausamkeit und der wüste Haß. Sobald der Mensch sieht, daß es die Natur zu unterwerfen gilt, kann er nicht mehr über die Leichen der andern, sondern muß „nach einem Gesetz universeller Gemeinschaft“ seine Existenzmöglichkeit suchen. Die Vaterlandsliebe bleibt bestehen. Aber als Zentrum nicht mehr des Hasses, sondern des universellen Wettseifers und des Gerechtigkeitsinns. „*La patria quindi, più assai che terribilità contro all'oste, aspetta dai cittadini rettitudine di propositi e partecipazione operosa all'avverarsi della giustizia*. Altre più niti imprese, altre più umane glorie che quelle cruento onde gli antichi capi di tribù saliron gli altari possono farli benemeriti della patria: glorie nate non dal distruggere, mà dal fare; non da forza ma da ragione. Però l'amor patrio non significa più odio e avversione sistematica dello straniero, ma impeto generoso per cui l'immagine della patria si vuole coincida coll'attuazione del bene in universale. E a questo tende appunto l'evoluzione storica, questa è la meta ideale del mondo: L'armonia delle volontà secondo



un principio universale.“ (Es soll also — um die schönen Sätze Del Vecchios in mehr technischer Form zusammenzufassen — das negative Moment aus dem Patriotismus ausgelöst, das positive gekräftigt und zugleich zur Grundlage der Ausbildung weiterer positiver, altruistischer, ethisch fördernder Tendenzen gemacht werden: *charity begins at home* — mit dem Ton auf „begins“).

Nun finden wir aber die Gastfreundschaft intensiv nur bei den frühen Völkern, während sie mit steigender Zivilisation schwindet. Wie kommt es, daß, dem eben festgestellten Gesetz des Anwachsens internationaler Sympathie zuwider, dies besondere Phänomen internationaler Sympathie zurückgeht? Diese Fragestellung, meint D. V., sei geeignet, die juristische Seite der vorbeschriebenen Entwicklung näher zu kennzeichnen.

Das primitive Recht ruht auf der Blutsverwandtschaft. Zulassung eines Fremden in den Staatsverband ist kaum etwas anderes, als für uns Heutige die Einführung oder Aufnahme eines Fremden in die Familie.

Die Anerkennung des *commercium* und *connubium*, der zivilistischen Rechtsfähigkeit des Fremden, setzt nach Iherings geistreicher Bemerkung die bereits erfolgte scharfe Trennung zwischen den Begriffen öffentliches Recht und Privatrecht voraus.

Verbannung kommt in ihrer Wirkung der Todesstrafe fast gleich, weil der Verbannte in der Fremde keiner Fristung genießt; es fehlt aber andererseits gänzlich das Recht der Auswanderung, die als Überläufertum erscheinen würde; noch lange dienen Nachsteuern und Abzugsgelder der Verteidigung des Vaterlandes wider die Schwächung durch Fortziehen seiner Mitglieder. Vermochte trotzdem jemand aus seinem Staat sich zu entfernen, so erschwerten ihm der Mangel an beweglicher Habe und die Unpraktikabilität der Transporte den Lebensunterhalt bis zur Unmöglichkeit. Daher kommen in primitiven Zeiten sehr wenig Einzelwanderungen, sondern mehr nur Stammeswanderungen vor.

Die bekannte Koinzidenz der Wortbegriffe Gast, Fremder, Feind (*hostis*) darf aber nicht zu der Ansicht führen, daß bei den jugendlichen Völkern jeden Fremden nichts als wilder Haß erwartet habe. Wie auch zwischen den Gemeinwesen die Feindschaft herrschte, die Annahme ihrer absoluten Erstreckung auf die Individuen scheint weder historisch noch psychologisch gerechtfertigt. (Gegen Ihering, *Die Gastfreundschaft im Altertum*. „Deutsche Rundschau“ 1887, Heft 9, S. 357 ff.) Der landunkundige, bedürftige, machtlose Fremdling genoß häufig Duldung und Mitleid. Dazu kommt, daß der exgens dem verhaßten feindlichen Gemeinwesen ja nicht mehr angehört, vielleicht von jenem verfolgt wird. Endlich erscheint Verletzung eines Wehrlosen doch gerade schon der *virtus* früher Zeit verächtlich. Es wäre immer ein Akt positiver Grausamkeit gewesen, ihm Obdach zu weigern. So entwickelt sich allmählich die religiöse Pflicht, sich des Fremdlings zu erbarmen; die Heiligkeit des Gastes und des Gastrechts.

Doch es waren nicht nur Gründe ethischer Art. Die Phantasie hat ihren starken Anteil und die Neugier. Abergläubische Vorstellungen ließen so und so oft in dem Fremden, der zu imponieren verstand, einen Gott vermuten. Aber man hörte auch gern die Reisemären des Weithergekommenen, zumal Kunde von fernen Ländern so rar war:

So ging es aber nur, solange die Fremden noch selten. Der Handel, der diese häufiger erscheinen läßt, ernüchtert; die Extreme des Hinmordens wie der Anbetung verschwinden. An Stelle der *Gastgeschenke* tritt der *Herbergslohn*. Die Gastaufnahme ist nicht mehr was Einmaliges, Zufälliges, vom Himmel Gefallenes, sondern wird zu etwas Regelmäßigem: Kontrakt zunächst zwischen einzelnen Personen, den von Zeit zu Zeit ein-

kehrenden Gastfreund aufzunehmen; auch hier herrscht noch der ethisch-religiöse Gedanke, aber doch ist die Sache bereits zum Geschäft geworden; später fällt dann auch die *tessera hospitalis*, an der man den Gastfreund erkennt, hinweg, und die Aufnahme — beliebiger — Fremder ist zum Gewerbe (der Gastwirtschaft) geworden.

Sein friedliches Verhältnis zu den übrigen Ansässigen und das darauf gegründete *commercium* erlangt der Fremde zunächst durch seinen Gastfreund als dessen Schutzverwandter. (Er tritt, falls er nicht mit dem Gastfreund Blutsbrüderschaft macht oder von ihm adoptiert oder in die Klientel aufgenommen wird, sozusagen auf Zeit in die Familie des Gastfreundes ein. Er muß dann im Fall der Verletzung quasi als Familienglied gerächt werden (Stbg.). Es haftet der Gastfreund für Schulden — namentlich Delikte des Fremden. (Später noch oft kontraktliche Bürgschaftsübernahme. Stbg.) „Ma con tutto ciò il forestiere resta pur sempre alla mercè dell' ospite suo e niana legge assicura la condizione.“ (Das heißt technisch: Bei dem Mangel eines Friedensvölkerrechts darbt das Internationalrecht der Zeit, das rechtliche Band zwischen den Gastfreunden, des tatsächlichen Schutzes. Stbg.) Das wird auch in der *proxenie* nicht anders, in der ein Staat den Bürger eines anderen Staates als Generalgastfreund seiner jenen Staat betretenden Bürger verpflichtet: erste Erscheinung des Konsulats. Und abgesehen von der Sanktionslosigkeit seines Verhältnisses zum Gastfreund ist der Fremde auch hier noch nicht selbständig rechtsfähig, sondern durch Vermittlung des Gastfreundes. Erst spät, nachdem sich der Staat aus einem Konglomerat von Geschlechtern herausgewickelt, deren jedes seinem Anhang an Fremden Schutz gewährt und den Fremdenanhang jeder andern gens scheel ansieht, nimmt der Staat selbst den Schutz der Fremden in die Hand und gewährt ihnen Gericht. „L'ospitalità publica si sostituisce a quella privata“: *hospitium publice datum* der Römer. So ist doch wenigstens ein staatsrechtlicher Schutz, wenn auch noch kein völkerrechtlicher, gegeben (*praetor peregrinus*). In der *Isopoliteia*, einer Art Meistbegünstigungsverträgen, wird dann im griechischen Staatswesen der Keim völkerrechtlichen Schutzes entwickelt. Bei den Germanen reißt der König, reißen später die Fürsten den Fremdenschutz als einträgliches Geschäft an sich.

Allmählich schwinden die Unterschiede zwischen der rechtlichen Lage der Fremden und der Einheimischen. „Già ai nostri tempi, rispetto al diritto privato, lo status civitatis è una categoria quasi esaurita.“ Damit hat die Gastfreundschaft als spezifisches Insitut ihre Bedeutung verloren.

(Außer in diesem Versuch hat D. V. sich auf dem Gebiete der Soziologie noch durch die Besprechungen betätigt, die er den Arbeiten Albert Hellwigs über Verbrechen und Aberglauben hat zuteil werden lassen. *Rivista di Sociologia*, 1906, S. 473 ff. und 1909, Heft 3/4.)

Tokio.

Prof. Dr. Th. Sternberg.

**Der reine Staat.** Skizze zum Problem einer neuen Staatsepoche. Von Professor Dr. **Kurt Woltendorff** (Halle a. d. S.) Tübingen. Verlag der Lauppschen Buchhandlung. 1920. 33 S. Pr. geh. 3,60 M.

In dieser äußerst gehaltvollen und eine Fülle von Anregungen der mannigfachsten Art darbietenden, mitunter freilich auch zum Widerspruche herausfordernden Schrift, betont der weithin bekannte Hallenser Staatsrechtslehrer, daß heute in der Realität unseres Soziallebens die Staatsidee nicht mehr vorhanden wäre. Der Gedanke der rein formalen Demokratie genüge nicht mehr. Der sogenannte „Rätegedanke“ sei der Ausfluß einer allgemeinen Geistesstimmung in der Frage des Gemeinschaftslebens. Ihm

liege die bewußte Ablehnung der Mechanik des Staatslebens und seiner Omnipotenz zugrunde. Dieser Rätegedanke sei letzten Endes nichts anderes als ein Ausfluß des altgermanischen Genossenschaftsgeistes, wie er sich neuestens immer mehr durchsetze. Beschränkung der ungeheuer weit ausgedehnten Tätigkeit des Staates sei das gegenwärtige Zentralproblem, dasselbe, das schon für die Staatslehre des deutschen Klassizismus die Kernfrage gewesen wäre. Das praktische Versagen des Staates führe zurück zu dem alten, deutschen Gemeinschaftsdenken, das den Staat nie anders zu fassen vermocht hätte, denn als Rechtsgenossenschaft. Bei einer erstmaligen Lektüre muten angesichts des sieghaften Vorwärtsdrängens des wissenschaftlichen Sozialismus und des sich immer lebhafter zur Geltung bringenden „Sozialisierungsgedankens“ und „Sozialisierungsverlangens“ die Ausführungen Wolzendorffs wohl als etwas abstrakt und bei der Studierlampe ausgesponnen an. Aber bei wiederholtem ernstlichen Studium drängt sich doch die Überzeugung auf, daß der Verfasser ein scharfer Beobachter der Wirklichkeit ist. Denn wer wollte in Abrede stellen, daß tatsächlich heute langsam zwar, aber sicher, eine Abkehr von dem Gedanken der Allmacht des Staates einzusetzen beginnt und man sich auf die kulturbildenden Mächte von Sitte, Religion und des Gesellschaftslebens zu besinnen anfängt? In der Tat nur ein Ausfluß dieser Gedankenwelt ist auch der „Rätegedanke“.

Landgerichtsrat Dr. jur. und phil. Bovensiepen, Kiel.

**Nawiaskey, Dr. Hans**, Professor an der Universität München, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*. (XII u. 254 S.) Gr. 8°. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1920. — 24 M. + 100%.

Ein reifes Werk, das zum Nachdenken auch dort oder gerade dort anregt, wo es nicht überzeugt.

In seinen „Grundgedanken der Reichsverfassung“ hatte es Verf. verstanden, dem Leser den politischen Gehalt der Weimarer Verfassung näherzubringen. Die vorliegende Schrift dagegen ist streng juristisch gedacht. „Ausgehend von einer Überprüfung des allgemeinen juristischen Staatsbegriffes soll der Rechtsbegriff des Bundesstaates festgestellt und auf Grund desselben die rechtliche Natur der wichtigsten bundesstaatlichen Rechtsbeziehungen geklärt werden“ (S. 3). „Die Methode, die dabei angewendet werden soll, ist eine rein abstrakte, deduktive“ (S. 3). Die geschichtlich gegebenen Bundesstaaten Nordamerika, Schweiz, Deutsches Reich werden daher absichtlich nicht induktiv verarbeitet, sondern nur gelegentlich beispielsweise herangezogen (S. 4f.). Auch eine kritische Literaturgeschichte des Bundesstaatsbegriffes soll nicht gegeben werden (S. 5); erst nachträglich, nach Abschluß der Arbeit, hat Verf. der Literatur in einem letzten Abschnitte „mit beschränkter Redezeit“ das Wort erteilt (S. 6, 196—251). Zu dem etwa gleichzeitig erschienenen Werke Kelsens über das Problem der Souveränität konnte Verf. nicht mehr Stellung nehmen, auch die neueren Schriften von Wenzel sind unberücksichtigt geblieben. Die Allgemeine Staatslehre Georg Jellineks wird nach der 2. Auflage zitiert, da die folgenden Auflagen Neudrucke der 2. Aufl. seien (S. 231), eine Behauptung, deren Richtigkeit zu bestreiten ist.

Die Schrift zerfällt in drei Hauptabteilungen: Der Begriff des Bundesstaates, die bundesstaatlichen Rechtsverhältnisse im Beharrungszustand, die bundesstaatlichen Rechtsverhältnisse in der Bewegung. Die erste Abteilung bringt neben dem Bundesstaatsbegriff auch eine Staatsdefinition (S. 16): „Staat ist der Träger des in einer (bestimmten) Rechtsordnung erscheinenden Willens.“ S. 29: „Bundesstaat ist ein Staat, dessen Kompetenz aus dem ge-



meinsamen Ausschnitt der Kompetenzen mehrerer dadurch verbundener Staaten besteht.“ In der zweiten Abteilung werden u. a. die Verteilung der Staatsgewalt zwischen Bund und Gliedern, die Rechte des Bundes gegen die Glieder, der Glieder gegen den Bund, der Gliedstaaten untereinander, des Bundes und der Glieder zu fremden Staaten erörtert. Die dritte Abteilung behandelt Entstehung, Ende und Wandlungen des Bundesstaates. Insbesondere wird auch der Einfluß von Revolutionen auf den Staat und den Bundesstaat eingehend gewürdigt (S. 148 ff., 163 ff.).

Es ist ein zweifelloses Verdienst Nawiaskys, daß er dem Problem des Bundesstaates einmal unabhängig von der zufälligen Wirklichkeit näher tritt, also nicht fragt: was gilt in der und jener Verfassung? sondern: was würde gelten, wenn die Verfassung so oder so gestaltet wäre? Diese Art der Behandlung ist wohl geeignet, durch die Rechtsvergleichung erzeugte Vorurteile zu zerstören. Allein diese Art der Behandlung hat ihre Grenze bei der Bestimmung geschichtlich gegebener Begriffe. Zum geschichtlichen Typus des Bundesstaates gehört aber die Beteiligung der Gliedstaaten an der Bildung des gesamtstaatlichen Willens; dies ist in Nordamerika der Fall (Senat), in der Schweiz (Ständerat), im Deutschen Reiche (Bundesrat, Reichsrat) und neuerdings in Österreich (Bundesrat). Verf., der selbst vor der Überspannung aprioristischer Grundsätze warnt (S. 99), beantwortet kurz zuvor die Frage: „Ist . . . eine . . . Beteiligung der Gliedstaatsorgane an der Bildung der Bundesorgane notwendig, für den Begriff des Bundesstaates wesentlich?“ a priori mit Nein (S. 96). Damit führt Verf. einen persönlichen Sprachgebrauch ein, während es doch Aufgabe der Wissenschaft ist, allgemeingültige Begriffe zu bilden. Richtig dagegen erkennt Verf., daß zum Wesen des Staates und damit des Bundesstaates die Herrschaft über Menschen gehört, daß daher der Staatenbund kein Staat ist, da hier die Beziehungen zwischen Bund und Bürgern fehlen (S. 35). Eben deshalb ist nicht einzusehen, warum Verf. glaubt vom „Staatsvolk“ als Staatselement absehen zu sollen (S. 8).

Die vielumstrittene Frage nach der Souveränität im Bundesstaate beantwortet Verf. in dem Sinne, daß „sowohl die Gliedstaaten wie der Bundesstaat souverän“ seien, beide Teile, soweit ihre Zuständigkeit reicht (S. 47 f.). Dies sei klar, wenn dem Bunde die Kompetenzhoheit fehle (S. 234), wenn also der Bund nicht in der Lage sei, seine Zuständigkeit gegen den Willen der Gliedstaaten zu erweitern. Verf. müßte hinzufügen, daß auch die Entscheidung über die streitige Kompetenz nicht bei einem Bundesorgan (Bundesrat, Staatsgerichtshof, Reichsgericht) liegen darf, da sonst der Bund in der Lage wäre, kraft einer falschen Entscheidung seine Zuständigkeit zu erweitern. Angenommen es gäbe wirklich einmal einen Bund ohne Kompetenzhoheit und Kompetenzentscheidungsgewalt, dann ließe sich in der Tat über die doppelte Souveränität reden. Verf. behauptet aber die Souveränität des Gliedstaates auch dann, wenn dem Bunde die Kompetenzhoheit zusteht, und zwar deshalb, weil der Bund seine Zuständigkeit auch in diesem Falle nicht gegen den Willen des Gliedstaates, sondern mit dessen von der Gründung her nachwirkenden Willen erweitere (S. 41 ff.). Allerdings könne der Gliedstaat die bei Gründung des Bundes oder bei Eintritt in den Bund erteilte allgemeine Ermächtigung an den Bund zur Zuständigkeitserweiterung nicht widerrufen. Aber auch unwiderrufliche Verfassungsbestimmungen seien Verkörperungen des Staatswillens (S. 43). Verf. arbeitet hier mit einer Fiktion und nicht einmal einer gut begründeten. Denn die Möglichkeit einer unwiderruflichen Verfassungsbestimmung versteht sich nicht von selbst, im Gegenteil, eine solche Bestimmung übersteigt die Grenzen der Verfassungsgewalt. Ob Verf. trotz der angewandten rein juristischen Methode sich hier nicht unbewußt



von politischen Strömungen hat beeinflussen lassen? Verf. verneint zwar die Möglichkeit einer Sezession der Gliedstaaten unter normalen Verhältnissen (S. 98 f.). Im Falle der Bundesrevolution aber werden die Gliedstaaten frei (S. 163). Dies und die Souveränität der Gliedstaaten klingt entschieden bayerisch.

Nawiasky rollt noch eine Reihe weiterer bedeutender Probleme auf, klärt sie und führt sie in ansprechender Darstellung der Lösung entgegen. Trotz ihrer Abstraktheit fördert die Schrift aber auch die Auslegung einer bestimmten Verfassung, etwa der Weimarer. Freilich ist die Entstehungsgeschichte das gegenüber der abstrakten Erwägung stärkere Auslegungsmittel. Anders z. B. als Verf. S. 69 will, soll es auch in Gegenständen der ausschließlichen Reichszuständigkeit einem gewöhnlichen Reichsgesetze gestattet sein, die nähere Regelung des Gegenstandes der Landesgesetzgebung zu überlassen (Prot. d. Verf. Aussch. S. 422).

Kiel.

Prof. Dr. Walter Jellinek.

**Brück**, Die Behandlung der Versicherungsverträge im Friedensvertrage zu Versailles.

**Wolff**, Privatrechtliche Beziehungen zwischen früheren Feinden nach dem Friedensvertrag.

**Laun**, Deutschösterreich im Friedensvertrag von Versailles.

**Kraus-Rödiger**, Urkunden zum Friedensvertrag von Versailles vom 28. Juni 1919.

Sämtlich im Verlag von Franz Vahlen und Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H.

Seit dem letzten Referat über die Vorveröffentlichungen aus dem von Prof. Dr. W. Schücking in Verbindung mit einer großen Anzahl von Theoretikern und Praktikern herausgegebenen monumentalen Kommentar zum Friedensvertrage von Versailles \*) sind die oben angeführten weiteren Vorveröffentlichungen erschienen, die das schon gegenüber den vorher erschienenen Vorveröffentlichungen berechnete Urteil voll bestätigen, daß es sich hier um ein höchste Beachtung verdienendes Unternehmen handelt, ein Unternehmen, das die Aufgabe löst, in streng wissenschaftlicher Weise als Wegweiser zu dienen durch die verschlungenen Pfade des Gewaltfriedensvertrages von Versailles, eine Beschäftigung mit welchem für Wissenschaft und Praxis eine ebenso bittere wie dringende Notwendigkeit ist. Wie bisher sind auch diese Beiträge von besonderen Sachkennern geschrieben. Brück, Professor für Versicherungswissenschaft an der Universität Hamburg, interpretiert Artikel 303 Anlage §§ 8—24 Fr.-V. In Dr. Ernst Wolff haben die Artikel 299—303 des Fr.-V. (Verträge, Verjährung, Urteile) einen besonders feinen Bearbeiter gefunden. Zugleich ein starkes politisches Interesse wird die Bearbeitung des Art. 80 Fr.-V. aus der Feder des Professors des Öffentl. Rechts an der Universität Hamburg Laun finden, der seine Sachkunde insbesondere daraus herleitet, daß er der österreichischen Friedensdelegation in St. Germain angehörte. Er gibt mehr, wie der Titel seiner Schrift sagt. Seine Geschichte der Anschlußbewegung ist unentbehrlich für jeden, der sich mit der so brennenden österreichischen Frage beschäftigt.

\*) Vgl. Bd. XIV. S. 224 ff.

Endlich liegen vor allem nunmehr die beiden 1. Teile des Urkundenbandes vor, zusammengestellt, ebenso wie schon die Chronik der Friedensverhandlungen in gemeinsamer Arbeit von Kraus und Rödiger, zusammen 1453 Seiten, versehen mit einem ausführlichen Index. Der 1. Band gibt die Urkunden von der Einleitung der Waffenstillstandsverhandlungen bis zur Unterzeichnung des Friedensvertrages vollständig. Nur die Auslieferungsliste ist weggelassen. Wir sind den Verfassern dafür dankbar. Viel von dem vorgelegten Material ist das erste Mal der Öffentlichkeit unterbreitet, so insbesondere die höchst interessanten Texte sämtlicher Vollmachten der in Versailles vertretenen Mächte.

Der zweite Teil schließt mit dem 31. Mai 1921. Hier haben die Verfasser eine gewisse Auswahl getroffen, die im Interesse der Sache zu bedauern, aber wohl unvermeidlich war. Trotzdem ein ungemein vielgestaltiges Material, das alles Wichtige enthält und sehr viel Unveröffentlichtes oder schwer Zugängliches. Es seien in dieser Hinsicht nur hervorgehoben die englische Friedensvertragsordnung vom 18. August 1919, die zahlreichen Abkommen mit Polen, die Noten über die Auslieferungsfrage, über die Versenkung der deutschen Kriegsschiffe in Skapa Flow, der sogenannte gegnerische Schuldbericht mit den amerikanischen und japanischen Reservationen. Im „Anhang“, der besonderes Interesse erregt, findet man eine Reihe „Geheimabkommen“; so z. B. Material zum französisch-russischen Abkommen über Elsaß-Lothringen, das linksrheinische Gebiet und die russische Westgrenze, ferner das Material zur Schantungfrage usw.

Die Verfasser kündigen eine Fortsetzung des Urkundenbandes an. Es ist zu hoffen, daß dieser Plan ausgeführt werde, und zwar schnell ausgeführt werde, falls nötig, mit Reichsmitteln. Eine vollständige Sammlung der auf die Friedensvertragsausführung bezüglichen Dokumente — so riesenhaft dieses Unternehmen ist — scheint absolutes Erfordernis im Interesse der Theorie und nicht minder der Praxis. Zerstreute Weißbücher, die man aus Reichstagsdrucksachen heraussuchen muß, genügen nicht.

Dem Vernehmen nach wird als nächste Vorveröffentlichung ein umfänglicher Kommentar zur Völkerbundsatzung von Prof. Schücking und Dr. Hans Wehberg erscheinen, der sich bereits im Druck befindet.

Prof. Dr. jur. Peter Klein (Königsberg).

## b) Bücherschau.

(Besprechung der nachbezeichneten Bücher bleibt vorbehalten.)

### I. Rechtsphilosophie, einschließlich der allgemeinen Rechts- und Staatslehre.

**Becher**, Prof. Dr. Erich, Geisteswissenschaften und Naturwissenschaften. Untersuchungen zur Theorie und Einteilung der Realwissenschaften. XII + 335 S. München und Leipzig, 1921. Duncker & Humblot. 60 M. — **Bendix**, Dr. Ludwig, Die Geistesverfassung der russischen Bolschewisten. 29 S. Berlin, 1921. „Der Firm“. 3 M. — **Brodmann**, E., Reichsgerichtsrat, Recht und Gewalt. 114 S. Berlin und Leipzig, 1921. Vereinigung wissenschaftlicher Verleger (Walter de Gruyter & Co.). 20 M. — **Die Reform der staatswissenschaftlichen**

**Studien.** II. Teil. Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik in Kiel, 1920. IV + 260 S. München und Leipzig, 1921. Duncker & Humblot. 30 M. — **Eckert**, Christian, Die neue Universität. Kölner Universitätsreden. 1. 31 S. Köln, 1921. Oskar Müller. 7,50 M. — **Ehlert**, Friedrich, Gesetzgebende, ausführende und ernennende Macht. 163 S. Greifswald, 1921. Selbstverlag des Verfassers. 8 M. — **Endres**, Jos. Ant., Einleitung in die Philosophie. (Bd. I der philosophischen Handbibliothek). V + 195 S. Kempten, München, Coblenz, 1920. Jos. Kösel. — **Fränkel**, Dr. Richard, Der Sinn des Rechts („Die Bücher der Zeit“ Nr. 20). 32 S. Langensalza, 1921. Wendt & Klauwell. 4 M. — **Nelson**, Leonard, Spuk. Einweihung in das Geheimnis der Wahrsagekunst. 218 S. Leipzig, 1921. Verlag „Der Neue Geist“, Dr. Peter Reinhold. Geb. 25 M. — **Popoff**, Dr. jur. Stoino, Über die Entstehung des Rechts speziell des Kriegechts (Versuch einer historisch-genetischen Erklärung). Berner Inaugural-Dissertation. 95 S. Innsbrucker Buchdruckerei. — **Riezler**, Dr. Erwin, Universitätsprofessor in Erlangen, Die Anforderungen der ersten juristischen Prüfung, „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern“. XVII. Jahrg. Nr. 11/12. — **Rivista internazionale di filosofia del diritto.** Herausgegeben von Giorgio del Vecchio, Widar Cesarini Sforza, Antonio Pagano, Roberto Vacca. I. Jahrg. 1. Heft. Genova, 1921. Società Anonima Genovese Editrice Tipografia l'Azione. Jahrespreis: Inland 30, Ausland 40 L. — **Rivista trimestrale di studi filosofici e religiosi**, diretta da Alessandro Bonucci, Prof. ordinario della R. Università di Siena. Vol. II Nr. 1 u. 2, 1921. — **Schmidt**, Richard, Einführung in die Rechtswissenschaft. Erster Teil: Anfangsbegriffe der Rechtslehre und Grundzüge des geltenden Rechts. VIII + 424 S. Leipzig, 1921. Felix Meiner. Brosch. 45 M., geb. 55 M. — **Salin**, Edgar, Platon und die griechische Utopie. VIII + 287 S. München und Leipzig, 1921. Duncker & Humblot. 30 M.

## II. Wirtschaftsphilosophie, Sozialphilosophie und Sozialethik.

**Freyer**, Dr. Hans, Die Bewertung der Wirtschaft im philosophischen Denken des 19. Jahrh. (Arbeiten zur Entwicklungspsychologie, herausgegeben von Prof. Dr. Felix Krueger, Heft V). 174 S. Leipzig, 1921. Wilhelm Engelmann. 26 M. — **Grull**, Dr. ing. Werner, Die Kontrolle in gewerblichen Unternehmungen. X + 226 S. Berlin, 1921. Julius Springer. Geb. 64 M. — **Kerschagl**, Dr. Richard, Die Lehre vom Gelde in der Wirtschaft. (Universalismus und Individualismus in der Entwicklung der Geldtheorie). 60 S. Wien, Leipzig, 1921. Manz. 10 M. — **Knapp**, Georg, Friedrich, Staatliche Theorie des Geldes. Dritte Auflage, durchgesehen und vermehrt. XVI + 461 S. München und Leipzig, 1921. Duncker & Humblot. 45 M. — **Müller**, Dr. Otto, Die Entwicklung der Volkswirtschaft. (31.—40. Tausend). 104 S. M.-Gladbach, 1921. Volksvereinsverlag. 7 M. — **Südekum**, Dr. Albert, Staatsminister und Finanzminister a. D., Kapital- und Gewinnbeteiligung als Grundlage planmäßiger Wirtschaftsführung. 38 S. Berlin, 1921. Julius Springer. 4,40 M. — **Weber**, Max, Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. I. Teil. (Grundriß der Sozialökonomik III). VIII + 180 S. Tübingen, 1920. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 27 M. — **Wiedenfeld**, Dr. Kurt, Ministerialdirektor, Das Persönliche im modernen Unternehmertum. 2. Aufl. 146 S. München und Leipzig, 1920. Duncker & Humblot. 10 M. — **Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspflege.** Abhandlungen und Gesetzgebung, herausgegeben von Dr. Dochow, Professor an der Universität Heidelberg, und Dr. Wiedersum, Richter beim Reichswirtschaftsgericht. Heft IV: Die Zuständigkeitsgebiete des Reichswirtschaftsgerichts von Dr. Hans Klinger, Richter beim Reichswirtschaftsgericht. 5,50 M. Heft V: Die Vergütung der Okkupationsleistungen von Dr. Paul Dreist, Senatspräsident beim Reichswirtschaftsgericht. 8 M. 1921. Industrieverlag Spaeth und Linde, Berlin.

## III. Gesetzgebungspolitik samt der Wirtschaftspolitik.

### 1. Zivilrecht und -prozeß. — Strafrecht.

**Ehrenzweig**, Prof. Dr. Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 6. Aufl. 2. Bd. 1. Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse. IV + 717 S. Wien, 1920. Manz. 70 M. — **Guckenheimer**, Dr. Ed., Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht, Heft 1 der von Prof. M. Liepmann herausgegebenen „Hamburgischen Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft“. 112 S. Hamburg, 1921. W. Gente. 9,50 M. — **Kaskel**, Prof. Dr. Walter, Haftung für Handlungen des Betriebsrats. 32 S. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1921. J. Bensheimer. — **Kisch**, Prof. Dr. Wilhelm, Handbuch des Privatversicherungsrechts. 3. Bd. Lieferung 2. München, Berlin und Leipzig, 1921. J. Schweitzer (Arthur Sellier). 14 M. — **Lehmann**, Dr. Manfred, Der Begriff des angemessenen Preises (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin. Nr. 32). XXIV + 236 S. Marburg, 1921. N. G. Elwert. 15 M. — „**Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht**“, herausgegeben von Ministerialrat Dr. Dersch, Professor Dr. Kaskel, Ministerialrat Dr. Sitzler, Präsident Dr. Syrup. 1. Jahrg. (monatlich ein Heft). Mannheim, Berlin, Leipzig, 1921. J. Bensheimer. 72 M. — **Nipperdey**, Dr. jur. Hans Karl, Privatdozent an der Universität Jena, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung. 47 S. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1921. J. Bensheimer. 5 M. — **Neubecker**, Prof. Dr. F. K., Finnlands Ehrengerechtsreform. 83 S. Leipzig und Berlin, 1921. B. G. Teubner. 6 M. — **Neubecker**, Prof. Dr. F. K., Russisches und orientalisches Ehrengerechts. 18 S. Leipzig und Berlin, 1921.



B. G. Teubner. 2,20 M. — **Périth, J.**, Professeur de droit civil à l'Université de Belgrade, Le délit de rébellion en droit pénal serbe et français. Etude de droit pénal et de droit public. 19 S. Paris. 1921. E. de Boccard.

## 2. Staats- und Verwaltungsrecht, Kirchenrecht, Völkerrecht.

**Das Selbstbestimmungsrecht der Deutschen.** Eine Schriftenfolge des Ausschusses für Minderheitenrecht, herausgegeben von Johannes Tiedje. Heft 1: Grundgedanken des Rechts der nationalen Minderheiten (Naturrecht des Minderheitenschutzes) mit einem Exkurs über Nationalkataster von Kurt Wolzendorff †. Heft 2: Das positive Recht der nationalen Minderheiten. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze und Entwürfe von Dr. jur. Franz Bordihn. Heft 3: Danzig, sein Verhältnis zu Polen und seine Verfassung, mit Anhang: Der Danzig-polnische Vertrag vom 9. November 1920 von Dr. Otto Loening, Amtsgerichtsrat und Dozent an der Technischen Hochschule in Danzig. Heft 4: Staatsgrenzen und Kirchengrenzen. Eine Studie zur gegenwärtigen Lage des Protestantismus von Otto Dibelius, Lic. theol. Dr. phil., Pfarrer an der Kirche zum Heilsbrunnen in Berlin-Schöneberg. Heft 5: Deutschland und Deutschösterreich, von Dr. Rudolf Laun, ord. Professor der Universität Hamburg. Berlin, 1921. Hans Robert Engemann. — **Faluhelyi, Dr. Franz**, Rechtsakademieprofessor, Az. örk. semlegesség és a világháború (Die ewige Neutralität und der Weltkrieg). Eine völkerrechtliche Studie. XXXIX + 559 S. Pécs, 1920. Dunántul (Wessely & Horváth) Verlags- und Druckerei-A.-G. 120 ung. Kronen. — **Hilling, Prof. Dr. Nikolaus**, Hundert Bände Archiv für katholisches Kirchenrecht. Ein Beitrag zur neuesten Literaturgeschichte des katholischen Kirchenrechts. 27 S. Mainz, 1920. Kirchheim & Co. 3 M. — **Klein, Dr. Franz**, Minister a. D., Die Revision des Friedensvertrages von St. Germain. Ein Leitfaden für die Aufklärungsarbeit. (Bücher für Frieden und Freiheit). 63 S. Wien, Leipzig, Zürich, Amsterdam, 1920. Frisch & Co. — **Platzmann, Dr. jur. et rer. pol. Clemens**, Die deutschen Kriegsgefangenen in Frankreich 1914—1920. Beiträge zur Handhabung und zum Ausbau des internationalen Kriegsgefangenenrechts. 109 S. Berlin, 1921. Verlag der Reichsvereinigung ehemaliger Kriegsgefangener. — **van der Vlugt, W.**, Prof., La question des îles d'Aland. 2. durchgesehene und verbesserte Auflage. 83 S. Leyden, 1921. E. J. Brill. — **van der Vlugt, W.**, Prof., Réponse au livre bleu du gouvernement de Suède. 29 S. Leyden, 1921. E. J. Brill. — **Wolzendorff, Kurt** †, Volksheer und Völkerbund. 26 S. Berlin, 1921. Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H.

## IV. Verschiedenes.

**Kiesow, Dr. Wilhelm**, Geh. Regierungsrat und Ministerialrat im Reichsjustizministerium, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. XV + 348 S. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1921. J. Bensheimer. 15 M. — **Ungarische Jahrbücher**, Zeitschrift für die kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Fragen Ungarns und seiner Nachbarländer, herausgegeben von Prof. Dr. R. Gragger, Direktor des ungarischen Instituts an der Universität Berlin. 1. Band, 1. und 2. Heft. Berlin und Leipzig, 1921. Vereinigung wissenschaftlicher Verleger (Walter de Gruyter & Co.). 24 M. — **Volkmar, Dr. Erich**, Geh. Regierungsrat und Ministerialrat im Reichsjustizministerium, Zivilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. XVI + 488 S. Mannheim, Berlin, Leipzig, 1921. J. Bensheimer. 21 M.



# I.

## Rechts- und Staatsphilosophie. Allgemeine Rechts- und Staatslehre.

---

Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der  
Strafgesetzgebung. — Zugleich ein Beitrag zur  
Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919.

Von  
Professor Dr. Ernst Beling, München.

(Schluß.)

Ist dem aber so, so kann es begrifflich gar keine Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit bei wider-  
natürlicher Unzucht geben. Der Schluß trägt das Ergebnis:  
widernatürliche Unzucht ist rechtswidrig; — Unrechts-  
ausschließungsgründe schneien hinein ohne jede logische Legi-  
timation.

Nun werden sich die Gegner beeilen, zu versichern: Wir  
setzen ja als „strafbar“ nur die „widernatürliche Unzucht nach  
Abzug der Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit“.

Also w. U. — non R = S.

Damit aber schlagen sie sich mit ihren eigenen Waffen. Denn  
wenn die propositio minor nur insoweit die conclusio zu Wege  
bringt, so kann die major, um zu passen, nicht gelautet haben:

Alles für strafbar Erklärte ist damit auch rechtswidrig,  
sondern nur:

Ein Verhalten, das für strafbar erklärt ist, ist inso-  
weit als nicht die Rechtswidrigkeit ausge-  
schlossen ist, rechtswidrig und mit dem Zusatz x be-  
haftet,

— eine Formel, die ebenso verblüffend wahr, wie nichtssagend  
und eben gerade nicht das Dogma der Gegner ist.

Außerdem aber müssen dann notwendig die reinen Straf-  
ausschließungsgründe als unmöglich gänzlich ausfallen. Denn

geben die Gegner nunmehr zu, daß ihre Formel ja nicht einfach lautet:

x ist strafbar (und damit implicite rechtswidrig),  
sondern:

x ist, wenn nicht y vorliegt, strafbar (und damit rechtswidrig),

so müssen die Umstände unter y notwendig zugleich Straf- und Unrechtsausschlußgründe sein<sup>35)</sup>.

Das Ergebnis, zu dem wir gelangen, sieht also so aus:

1. Es besteht ein Rechtssatz, lautend: „Widernatürliche Unzucht ist im allgemeinen rechtswidrig“; Ausnahmen: die bekannten Unrechtsausschließungsgründe.
2. Strafgesetz: Wer rechtswidrig widernatürliche Unzucht begeht, ist unter den und den weiteren Voraussetzungen so und so strafbar.

Der erste ist ein nichtstrafrechtlicher Satz, beachtlich in allen oben S. 45/46 angedeuteten Beziehungen. Der zweite ein rein strafrechtlicher, der, wie alles Strafrecht, wohl über Strafbarkeit, nicht aber über Verbotensein Auskunft gibt.

Wenn die Gegner sich nicht dazu bequemen wollen, das anzuerkennen, so beruht dies auf Verwechslung der Begriffe „Gesetzesstelle“ und „Rechtssatz“ und damit der Begriffe „Strafgesetzbuch“ und Strafrecht im systematischen Sinne. Bekanntlich ist nicht jeder Gesetzesparagraph ein „Rechtssatz“ (Legaldefinitionen, z. B. § 53 II StGB., sind keine „Rechtssätze“, sondern Erläuterung eines in wirklichen Rechtssätzen vorkommenden begrifflichen Elements); und bekanntlich steht im Strafgesetzbuch auch Strafprozessuales, in der ZPO. bürgerliches Recht usw. Die Gegner spielen folgenden Gedankengang aus: die einzige Stelle, die über widernatürliche Unzucht etwas sagt, ist doch § 175 StGB., das ist ein Strafgesetz; folglich ist eben nur ein Rechtssatz da, der strafrechtliche Natur hat und in dem eben die Rechtswidrigkeit eingekapselt ist. Aber es ist nur allzu erklärlich, wenn sie selber doch auch wieder mit „zwei Rechtssätzen“ operieren<sup>36)</sup>. Dem unbefangenen Blick ist § 175 StGB. ein Strafrechtssatz und nicht mehr; er regelt inhaltlich nichts als die Strafbarkeit; andererseits brauchen wir nicht, wie sich die Gegner dies als nötig vorstellen, nach einer anderen „Stelle“ zu suchen, um die Rechtswidrigkeitsfrage beantwortet zu finden. Denn nicht der Inhalt, wohl aber die Existenz dieses strafrecht-

<sup>35)</sup> Näheres noch unten S. 135—136.

<sup>36)</sup> S. oben S. 47.

lichen Paragraphen erschließt uns in Verbindung mit volitiv-logischen Erwägungen den gesuchten nichtstrafrechtlichen Rechtssatz über die Verbotenheit. Wir „stützen uns“ wie die Gegner auf § 175 StGB., wir benutzen ihn zum „Nachweis“, aber nicht, indem wir aus seinem Inhalt vermittelt einer petitio principii etwas herauslesen, was nicht drinsteht, sondern indem wir den notwendigen Sinnzusammenhang zugrunde legen, in dem jeder Strafrechtssatz zu der logisch vor ihm liegenden Bejahung der Rechtswidrigkeit steht, soll anders nicht ein rechtlicher „Unsinn“ sich ergeben, den wir dem Gesetzgeber nicht zutrauen.

Mit all dem ist der eigentliche methodologische Fehler der gegnerischen Lehre wohl klar geworden. Er besteht in der Zusammenwerfung von Problemstellung und Antwort. Die Problemstellung ist bedingt durch scharfe Auseinanderhaltung der Begriffe Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit, und zugleich durch deren logische Reihenfolge: erst Rechtswidrigkeitsfrage, dann Strafbarkeitsfrage. Auch bei der Antwort sind die Begriffe exakt geschieden festzuhalten, nur kann das gesetzlich gegebene Material, bei dem wir einzuhaken haben, möglicherweise nur den zweiten Gesichtspunkt, die Strafbarkeit, behandeln, so daß wir dann psychologisch zur Rechtswidrigkeitsfragebeantwortung vorwärts (im logischen Sinne rück-) schreiten. Die gegnerische Formel, die die Rechtswidrigkeit als selbständiges Gebilde unterdrückt und nur formuliert.

„Widernatürliche Unzucht ist strafbar, soweit sie nicht rechtswidrig ist“, gibt eine halbe Antwort auf das Problem der Rechtswidrigkeit, nämlich nach der verneinenden Seite hin. Damit erkennt sie aber das Rechtswidrigkeitsproblem an, denn jedes Problem trägt Bejahung und Verneinung in seinem Schoße. Erkennt sie es aber an, warum antwortet sie nur halb, und sogar nur hinsichtlich der Ausnahmen und nicht der Regel? Weshalb läßt sie eine Lücke? Warum erkennt sie nicht die selbständige Frage an, ob widernatürliche Unzucht rechtswidrig ist? Weshalb will sie darauf beharren, die begriffliche Erforderlichkeit der Rechtswidrigkeit zu leugnen, da es sich doch bloß um den erleichterten Nachweis ihres Gegebenseins handelt?

Wie wenig die von uns bekämpfte Theorie zu Ende gedacht ist, zeigt sich auch darin, daß nach ihr die Kategorie der bloßen Strafausschließungsgründe ausfallen müßte. Ich will dabei gar nicht einmal an die von manchen zuunrecht geleugneten sachlichen Strafausschließungsgründe denken (z. B. Notstand ohne Notrecht, Begangensein der Tat im Ausland), sondern nur an die

ja allseitig als im Gegensatz zu den Unrechtsausschlußgründen stehend anerkannten „persönlichen Strafausschließungsgründe“. Diese müssen nach jener Lehre eben Unrechtsausschließungsgründe sein. Denn wenn die Strafbarerklärung es ist, die „verbotende Kraft“ hat, so bemißt sich der Umfang der letzteren eben nach dem Umfang der ersteren; wenn nun die Strafbarerklärung z. B. den Aszendenten beim Diebstahl nicht umfaßt, so hat sie ihm gegenüber keine verbotende Kraft, also handelt der diebische Aszendent nicht rechtswidrig.

Sobald aber die Gegner zugestehen, daß es Durchbrechungen der Strafbarkeit gibt, die nicht zugleich Durchbrechungen des angeblich in diesen enthaltenen Verbots enthalten, daß wir es also der Formel „x ist, wenn nicht y vorliegt, strafbar“ nicht ansehen können, ob y einen Unrechtsausschließungs- oder einen bloßen Strafausschließungsgrund ausmacht — woran sollen wir denn dann erkennen, ob das eine oder das andere gegeben ist? Vermutlich wird uns hier entgegengehalten, die Unrechtsausschließungsgründe seien immer außerhalb des Strafgesetzes extra formuliert, und zwar so, daß sie deutlich ihren Charakter kundgäben, wie z. B. StGB. § 53. Aber soll denn nun etwa immer, wo das Strafgesetz selber einen Umstand als ausschließend nennt, ein bloßer Strafausschließungsgrund vorliegen? Ich setze, ein Strafgesetz laute: „Wer ein fremdes ihm anvertrautes Geheimnis verrät, wird, wenn er nicht im Einverständnis mit dem Geheimnisherrn handelt, bestraft.“ Wie will man hier aus dem Inhalt des Strafgesetzes ablesen, ob es sich um Erlaubtes oder nur nicht Strafbares handelt? Wer die „Strafbarkeit“ als den Punkt ansieht, von wo aus er die „verbotende Kraft“ erkennt, der kann überhaupt keinen begrifflichen Unterschied zwischen Strafausschluß und Unrechtsausschließung anerkennen. Die Kategorien fließen für ihn, der ja keine andere Erkenntnisquelle hat, hoffnungslos ineinander. Nur wer von vorn herein die Rechtswidrigkeit und die Strafbarkeit als selbständige Frage Gesichtspunkte faßt, kann reinlich geschiedene Antworten geben.

Als Rettung scheint für die Gegner der „gesetzliche Tatbestand“, wie ihn das einzelne Strafgesetz unterschiedlich von den anderen aufstellt, zu winken. Wir meinen ja, so könnten sie sagen wollen, daß sich nach Maßgabe eben dieses Tatbestandes die Rechtswidrigkeit mitbestimmt; der Gesetzgeber kann doch keinen gesetzlichen Tatbestand als „strafbar“ hinstellen, wenn solche Tatbestände überhaupt nicht rechtswidrig sind, also —. Das ist nun wieder ganz richtig; nur ist das eine ganz andere



Theorie. Die Lehre von der Unbeachtlichkeit der Rechtswidrigkeit nach der positiven Seite, von deren unselbständigem Einschlossensein in der Strafbarerklärung, ist damit hinfällig geworden. Denn nunmehr ist es, wie klarliegt, nicht mehr der Inhalt der Strafbarerklärung, der durch Analyse die Rechtswidrigkeit des durch sie Gedeckten ergibt, sondern jetzt hebt sich innerhalb des Ganzen, das durch die Strafbarerklärung betroffen wird, als ein scharf umrissenes eigenes Vorstellungsbild der betr. „gesetzliche Tatbestand“ heraus: die Vorstellung „widernatürliche Unzucht“ ist natürlich eine andere als die Vorstellung ihrer Rechtswidrigkeit, der weiteren Merkmale der strafbaren Handlung, und erst recht der Strafbarkeit selbst. Und die — oben skizzierte — Schlußfolgerung stellt sich nun genauer folgendermaßen dar:

Wenn der Gesetzgeber einen gesetzlichen Tatbestand eigens dazu aufstellt, um an ihn eine Strafbarerklärung anzuschließen, so kann er dies lediglich unter der Vorstellung getan haben, daß die Verwirklichung dieses Tatbestandes nach der Rechtsordnung als eine rechtswidrige vorkommen kann; ist also nicht schon anderweit das Verbot ausgesprochen, so ergibt eben die Strafbarerklärung den Schluß, daß er gleichzeitig das Verbot derart setzte, daß die Verwirklichung des Tatbestandes vorbehaltlich der rechtlich gegebenen Unrechtausschließungsgründe rechtswidrig ist.

Die Gegner müssen daran scheitern, daß sie die Strafbarkeit als bejahende Beantwortung der Strafbarkeitsfrage zum Ausgangspunkt nehmen; wenn sie sagen, daß das Ganze, das die Strafbarkeit umfaßt, damit von der „verbietenden Kraft der Strafbarkeit“ mitumfaßt sei, so verschließt sich ihnen die Möglichkeit, innerhalb dieses Ganzen Partien auszusondern, die nur strafbarkeitbedingend sind. Wir dagegen nehmen nur die Tatsache, daß eine Zusammengehörigkeit des betr. gesetzlichen Tatbestandes mit einer ihm eigens gewidmeten Strafbarerklärung aus dem Gesetz ersichtlich ist, als Beleg dafür, daß es im Sinne des Gesetzgebers Verwirklichungen dieses Tatbestandes geben muß, die um möglicherweise strafbar sein zu können, eben möglicherweise auch rechtswidrig sein müssen.

Der gesetzliche Tatbestand, richtig erfaßt, bildet lediglich den Haken, an dem die die Rechtswidrigkeit und die Strafbarkeit angehenden Untersuchungen aufgehängt werden, einen bloßen Beziehungspunkt, mit dessen negativer Erledigung für den Kriminalisten alles weitere erledigt ist, nach

dessen positiver Erledigung er aber nunmehr erst mit der Heranbringung der Gesichtspunkte der Rechtswidrigkeit usw. vorzugehen hat. Daß die Heranbringung des Gesichtspunktes der Rechtswidrigkeit sich sogleich dahin beantwortet: derartige tatbestandsmäßige Handlungen sind eben rechtswidrig, soweit nicht besondere Erwägungen platzgreifen, — ist damit wohlvereinbar. Ebenso begreiflich ist, daß mit der Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit noch nicht die Bejahung der Strafbarkeit gegeben ist, sondern nun noch der Raum von den weiteren Bedingungen, in den besonders die reinen Strafausschließungsgründe hineinfallen, zu durchschreiten ist — während es für die Gegner nur ein Ganzes gibt, das strafbar ist, das aber eben auch strafbar ist, und dieses Ganze mit der Strafbarkeit rechtswidrig ist, so daß eine logische Scheidung der Umstände, von denen die Strafbarkeit jemandes bedingt ist, mit Einschluß der persönlichen positiven oder negativen Strafbarkeitsbedingungen völlig verschüttet ist.

Wer nicht aus dem Ganzen den gesetzlichen Tatbestand als ein geschlossenes Vorstellungsbild, das etwas anderes bedeutet als die Rechtswidrigkeit usw., herauszuanalysieren weiß, der steht auch vor einer Unbegreiflichkeit, wenn er den Strafgesetzen gerecht werden soll, die ausdrücklich die „Rechtswidrigkeit“ unter den Voraussetzungen nennen. Schon das Vorstellungsbild „strafbar“ soll ja die Vorstellung der Rechtswidrigkeit des unter Strafe gestellten Ganzen in sich tragen. Wie sollen wir uns das denken, daß hier die zwei Vorstellungsbilder kumulativ nebeneinander hingestellt werden und erst von ihrem Zusammengegebensein die Strafbarkeit abhängig gemacht wird — dieselbe Strafbarkeit, in der ja das Vorstellungsbild „rechtswidrig“ schon inne liegt? Für die natürliche Betrachtungsweise bedeuten alle Strafgesetze durch die Bank die Bereitstellung der Strafe für den Fall der Rechtswidrigkeit des beschriebenen Verhaltens; und die Nichthervorhebung dieses Erfordernisses im Ausdruck des Strafgesetzes bedeutet die Unterstellung, daß die Antwort auf die Frage: inwieweit Rechtswidrigkeit bestehe, eben in dem oben erörterten Sinne zu erfolgen habe.

Daß die Gegenmeinung eine reinliche systematische Abgrenzung von Strafrecht und anderen Rechtsteilen völlig unmöglich macht, bedarf wohl keines Nachweises. Denn bei ihr gehört die Rechtswidrigkeit bald einmal ins Strafrecht hinein und bald wieder nicht. Und dies alles rein nach Zufall. Es kommt bloß darauf an, ob der Gesetzgeber auf die Frage der Regelung

der Strafbarkeit zeitlich erst gestoßen ist, nachdem schon die Verbote ergangen waren, oder ob er sich erst bei Gelegenheit der Strafrechtsregelung dafür interessiert hat, und letzterenfalls darauf, ob er äußerlich zwei „Gesetzesstellen“ gemacht hat oder, sparsam im Gebrauch von Worten, bloß das Strafgesetz ausgesprochen hat und den Juristen überlassen hat, sich wegen der Rechtswidrigkeit auslegend ihr Teil hinzuzudenken.

Jede Ineinanderwirrung des Strafrechts und das außerhalb seiner liegenden Rechts verletzt aber den Grundsatz der Ökonomie des Denkens. Sie bietet statt Einhaltung der einfachen Gedankenlinien, die sich bei Sonderung der Gesichtspunkte in der Problemstellung ergibt, eine zwecklose Kompliziertheit.

Wer der Verknäuelung entgehen will und dabei doch nicht von dem Dogma, daß die Strafbarkeit die Rechtswidrigkeit in sich schließe, lassen will, dem bliebe nur ein Ausweg: er müßte auch da, wo sich „äußerlich“ besondere Rechtssätze über Rechtswidrigkeit finden, deren innerliche Aufnahme in das Strafgesetz vollziehen. Dann aber hätte das Strafrecht als Moloch alles übrige Recht mit Ausnahme nur des hinter ihm liegenden Strafprozeßrechts verschlungen. Es gäbe kein bürgerliches und kein Verwaltungsrecht mehr, keine eigentliche rechtliche Regelung der Vorgänge im sozialen Leben außer dem Leidensollen der Individuen im Sinne des Strafrechts. Der Interessentenstandpunkt des Kriminalisten wäre zum einzig maßgebenden erhoben — als ob das Strafrecht, das bei all seiner Wichtigkeit doch nur eine leidige Zugabe ist, das einzige wäre, was das Rechtsordnungssubjekt und die Individuen am Recht interessiert. Mit dem gleichen Rechte könnte dann z. B. der Finanzrechtler alles Recht für Steuerrecht erklären, weil ihn die rechtlichen Regelungen über Kauf, Miete, Körperschaften usw. nur unter dem einen Gesichtspunkt interessieren, ob und inwieweit sie die Voraussetzungen für die finanzrechtliche Folge darbieten.

Wenn somit klargelegt ist, daß der eigentliche Ausgangspunkt der von uns bekämpften Lehre an sich richtig ist, und daß unsere Methode für die Feststellung der Grenzen der Strafbarkeit eben das Ergebnis liefert, zu dem jene gelangt; daß aber unsere Methode auch den Nichtkriminalisten Antworten bietet, wo jene schweigt; daß endlich sie frei von den Rätseln und Widersprüchen jener ist, so bleibt schließlich nur die Frage nach etwaigen Einwendungen, die im Bisherigen noch nicht ihre Erledigung gefunden haben, übrig. Nun finde ich wohl eine Anzahl von Einwendungen gegen Bindings Normentheorie. Sie

gehen mich aber nichts an, da ich lediglich die scharfe Herausarbeitung des begrifflichen und folgeweise rechtssätzlichen und systematischen Unterschieds von „Strafbarkeit“ und „Rechtswidrigkeit“, und zwar in der von mir vorstehend dargelegten Weise von Binding übernehme, dagegen die „Normen“ als neuartige, dem bürgerlichen Recht usw. fremd und übergeordnet gegenüberstehende Sondergebilde ablehne<sup>37)</sup>. Einen einzigen Einwand vermochte ich ausfindig zu machen, der auch unserer Methode gilt. Frank meint<sup>38)</sup>: man könne mit ihr einen gesetzlichen Rechtssatz einfach aus den Angeln heben. Nun wird von vornherein wohl klar sein, daß eine Lehre, die gerade das größte Gewicht darauf legt, den Willensgehalt des Gesetzes mitsamt allem ihm volitivlogisch Zugeordneten als Objekt der Erkenntnis zu erfassen, die der Erkenntnis gibt, was der Erkenntnis ist, dem Willen aber, was des Willens ist, schon ihrer ganzen Anlage nach nicht gut eine Gesetzesvereitelung in sich bergen kann. Tatsächlich zeigt denn auch das von Frank gegebene Beispiel, daß ein Mißverständnis seine Hand im Spiele hat. Er „denkt sich ein Strafgesetz, das den untauglichen Versuch mit Strafe belegt“, und meint, dieses werde bei unserer Methode „einfach aus den Angeln gehoben“. Denn, so meint er offenbar, man finde dann keine „Stelle“, die den untauglichen Versuch für rechtswidrig erkläre, während er sich einfach auf diesen Strafparagraphen zu berufen brauche. Aber unser Denkverfahren besagt ja nur, daß sinnhafterweise in einem Hirn nicht zusammen Platz haben können: der Wille, der untaugliche Versuch solle schlechterdings nicht rechtswidrig sein, und der Wille, er solle strafbar sein. Würde jener Strafparagraph also so abgefaßt sein, daß er unter der Bezeichnung „untauglicher Versuch“ ausschließlich solche Verhaltensweisen nennt, die von seinem eigenen Standpunkte aus (nicht etwa von unserem apriorisch mitgebrachten Standpunkte!) schlechterdings nicht rechtswidrig sind, dann freilich wäre der Paragraph „aus den Angeln gehoben“, aber nicht durch uns und unsere Methode, sondern einfach wegen innerlicher Unverständlichkeit (falls nicht etwa, was der Klarlegung bedürfte, der Gesetzgeber hier unter „Strafe“ ausnahmsweise etwas anderes verstanden wissen wollte, als er sonst darunter versteht, oder er überhaupt eine neue Ära eröffnen wollte, in der „Strafe“ auch erlaubtes Handeln treffen kann). Auch Frank würde sich einem solchen Strafgesetz — etwa „Wer rechtmäßig eine fremde Sache beschädigt, wird . . . bestraft“ — wohl nicht

<sup>37)</sup> Vgl. meine Lehre vom Verbrechen S. 118 ff.

<sup>38)</sup> a. a. O. S. 5.



anders gegenüberstellen; oder wollte er dann etwa Ernst machen damit, daß in der Strafbarkeit die Rechtswidrigkeit eingeschlossen sei, und einfach das Wort „rechtmäßig“ streichen<sup>39)</sup>? Worum es sich handeln kann, das sind einzig solche Strafgesetze, die unter der Benennung „untauglicher Versuch“ solche Verhaltensweisen aufführen, die im eigenen Sinne des Gesetzgebers überhaupt als rechtswidrig denkbar sind, und für diese greift dann eben die oben entwickelte Auslegungsregel ein, daß sie im Sinne des Gesetzgebers als im allgemeinen rechtswidrig fixiert sind, als rechtswidrig unter Ausschluß solcher Gruppen, die sich aus besonderen Erwägungen als im Sinne unserer positiven Rechtsordnung nicht rechtswidrig herausstellen. Frank verwechselt offenbar die Vorabauferlegung der Frage nach der Rechtswidrigkeit vor der nach der Strafbarkeit mit einer rein konstruktiven in der Luft schwebenden Beantwortung jener Frage, während natürlich schon bei ihrer Beantwortung das Strafgesetz, zwar nicht inhaltlich, aber als Indiz für den Verbotswillen mit und, wo andere Handhaben fehlen, sogar allein heranzuziehen ist<sup>40)</sup>.

So ist der Gegenstand nunmehr bestimmt, auf den sich das strafgesetzgeberische Nachdenken zu erstrecken hat. Es nimmt die rechtlichen Regelungen des menschlichen Verhaltens als schon nach bestehender Rechtsordnung gegeben und fragt, inwieweit und wie ein Verhalten, das hiernach rechtswidrig ist, ein und was für ein Strafleiden nach sich ziehen soll. Jenseits bleibt dann die Frage auf sich beruhen, wie sich die den einzelnen Fall ergreifende Tätigkeit (Strafverfahren) gestalten soll.

Die strafgesetzgeberische Aufgabe ist vergleichbar der Aufgabe, die den Geschworenen durch eine Nebenfrage unterbreitet wird: „für den Fall der Bejahung der Hauptfrage.“ Die Hauptfrage, die als bejaht vorausgesetzt wird, ist die, ob das Verhalten, auf das sich die Straffrage (im gesetzgeberischen Sinne) bezieht, überhaupt im Sinne dieser Rechtsordnung als rechtswidriges denkbar ist. Psychologisch und praktisch kann es natürlich

<sup>39)</sup> Ich denke natürlich nicht an den Fall eines Druckfehlers im Gesetz u. dgl.

<sup>40)</sup> Mit dem Schrifttum über die Probleme des Verhältnisses von Rechtswidrigkeit, Tatbestandsmäßigkeit und Strafbarkeit, insbesondere Nagler, Rechtswidrigkeit, Hegler, Ztschr. f. StrRWiss. 36 19, 184, Baumgarten, Aufbau der Verbrechenslehre und Schweizer. Ztschr. f. StrR. 34 58, kann ich mich an dieser Stelle nicht mit Einzelzitaten auseinandersetzen. Inwieweit und warum ich hier weniger, dort mehr abweiche, wird aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich sein.

sein, daß von Rechtswidrigkeit des betr. Verhaltens bisher noch nicht die Rede war und sich die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers sogleich unvermittelt auf die Strafbarkeit richtet. Entschieden er sich dann dahin, daß solchem Verhalten Strafe gebührt, so hat er sich damit logisch zugleich dahin entschieden, daß solches Verhalten auch vorbehaltlich besonderer Ausnahmen rechtswidrig sein solle. Er ist damit einerlei, ob er sich des Verbotsgedankens zu zweit — der erste Gedanke war ja der an die Strafe — bewußt geworden ist, oder ob er sich seiner sogar gar nicht bewußt geworden ist, aus seiner Rolle als Strafgesetzgeber herausgetreten und hat im logischen Sinne zuerst einmal das außerhalb des Strafrechts bestehende Recht um eine neue Bestimmung bereichert. Gegen derartige gelegentliche Mitregelung der Frage nach der Rechtswidrigkeit menschlichen Verhaltens ist natürlich nicht das Geringste einzuwenden, nur wird die Einsicht in die logisch gegebene Doppelbedeutung des Willensakts von Vorteil sein, weil das unversehens zur Welt gekommene Verbot sich möglicherweise als eine *lex fugitiva* einer ganz klaren Einordnung in den Gesamtbestand der Verbotsgesetze entzieht.

Umgekehrt kann es praktisch empfehlenswert sein, auch strafprozeßrechtliche Dinge gelegentlich mit abzumachen; auch dann aber wird dem Rechtsleben um so besser gedient, je klarer ins Auge gefaßt worden ist, daß es sich nur um einen gelegentlichen Streifzug in ein systematisch als Ganzes außerhalb geregeltes Gebiet hinein handelt.

### c) Die Festlegung des Sinns der Strafe.

Über den Begriffsinhalt und den Sinnzusammenhang der Strafe braucht sich der heutige Gesetzgeber insofern kein Kopferbrechen zu machen, als es sich um ein von der Rechtsordnung jemandem nach rechtswidrigem Verhalten zugedachtes Leiden handelt. Denn das „*Punitur postquam peccatum est*“ ist, und zwar im Sinne des *peccatum* als eines rechtswidrigen Verhaltens, kein Streitobjekt. Sind damit aber Begriffsinhalt und Sinnzusammenhang der Strafe genügend fixiert oder muß der Gesetzgeber seine Denkaufgabe noch schärfer fassen und das Vorstellungsbild (des isolierten Begriffs der Strafe oder des Begriffs in seinem Zusammenhang mit anderen Begriffen) verengern?

Wenn sich die Rechtsgenossen dahin beschieden, daß die Strafbarkeitserklärung ein bloß instinktiver Willensakt wäre, dem sie sich fatalistisch hingäben; wenn sie nicht nach „Warum“ und „Wieso“ fragten oder sich, falls sie es täten, durch das „Frage

nicht!“ des Gesetzgebers zum Schweigen bringen ließen, dann würden Zweifel und Wirrnisse, die sich in der Rechtsanwendung ergäben, eben auch hingenommen werden müssen, man könnte keine rationalen Folgen von einem irrationalen Willensakt erwarten. Aber das Kulturrecht erheischt einem gesetzgeberischen Willensdenkakt, und an einen solchen werden logische Anforderungen gestellt, so hyperlogisch freigestellt auch dann die letztendige Zielsetzung bleibt: sie muß nach Denkgesetz selber klar heraustreten, und von ihr aus muß das Regelungs Ganze zwecklogisch beherrscht sein.

Darüber nun, daß für den empirischen Gesetzgeber der Zweck der Strafe als Rechtsinstituts nicht in das Jenseits zu verlegen, daß vielmehr die *salus publica* wie für alles Recht so auch für das Strafrecht der inhaltbestimmende oberste Gesichtspunkt ist, darüber glaube ich hier nicht Worte verlieren zu sollen. Auch von denen, die heute den „absoluten“ Strafrechtstheorien anhängen, hängen doch wohl weitaus die meisten ihnen nicht wegen ihrer „Absolutheit“ an, sondern wegen ihres Vergeltungskerns, sie sind deshalb keine echten „Absolutisten“, sondern Relativisten und unterscheiden sich von den herkömmlich so (im engeren Sinne) genannten Relativisten nur durch ihre Auffassung, daß die Vergeltung ein für die *salus publica* dienliches und unentbehrliches Mittel sei.

Unzweifelhaft ergibt sich nun ein geschlossener logischer Sinnzusammenhang der Strafe als Rechtseinrichtung ebensowohl, wenn man die Strafe begrifflich als Vergeltung des geschehenen rechtswidrigen Verhaltens faßt, wie wenn man sie als ein Leiden faßt, das zwar nach rechtswidrigem Verhalten eintreten, doch aber nicht die Funktion einer Vergeltung, sondern einer Sicherung der Gesellschaft vor künftigen Beeinträchtigungen haben soll.

Von Logik wegen kann sich der Gesetzgeber also für den einen oder den anderen Strafbegriff entscheiden. Nur würde er, wenn er sich das Strafleiden rein im Sinne einer sichernden Maßnahme denkt, nicht daran vorbeigehen dürfen, daß er den alten Namen „Strafe“ neuartig verwendet, und daß das neue Strafrecht alsdann ein Kapitel im Verwaltungsrecht, dort wieder im Sicherheitspolizeirecht, bildet<sup>41)</sup> und sorgfältige Ein- und Ausgliederung eine Hauptaufgabe sein würde.

<sup>41)</sup> Spiegel, Verwaltungsrechtswissenschaft, 138 hebt zutreffend hervor, daß die „moderne Richtung“ der Strafrechtswissenschaft „einfach eine Bereicherung des Verwaltungsrechts bedeutet“, wie sie denn überhaupt erst durch die Entwicklung des modernen Verwaltungsrechts ermöglicht worden sei. Es handle sich um „Kriminalrecht ohne Strafrecht“.

Was aber von Logik wegen unangänglich ist — die Logik immer als praktisch-volitive Logik verstanden! —, das ist, daß der Gesetzgeber, wenn anders er nicht eine oberflächliche und in ihrer Oberflächlichkeit ungerechte <sup>42)</sup> Scheinregelung vornehmen will, dahingestellt sein läßt, ob die Strafe als Vergeltung oder als sichernde Maßnahme gemeint sei.

Es muß geradezu als ein Rätsel erscheinen, wenn es heute Mode geworden ist, das Gegenteil zu behaupten, und wenn oben-drein gerade manche Kriminalisten <sup>43)</sup> dieser Verschleierungsmode huldigen. Sehr zu recht hat demgegenüber ein Zivilist, nämlich Zitelmann <sup>44)</sup> gesagt: „Man hat gemeint, es sei besser, für die praktische Gesetzgebungsarbeit diese Prinzipienfrage, die doch nie auszutragen sei, beiseite zu lassen, aber ich meine, das wird sich als unmöglich herausstellen; je nach dem prinzipiellen Standpunkt wird man im einzelnen über die Festsetzung der zu bestrafenden Handlungen, wie der anzuwendenden Strafen häufig zu verschiedenen Ergebnissen kommen. Ohne eine klare und sichere Stellungnahme in der Grundfrage wird man in Einzelfragen haltlos hin und her schwanken, von Furcht und Mitleid bald hierhin, bald dorthin gezogen; ja ich meine, ein Gesetzgeber, der hier nicht den Fels hat, auf dem er steht, müßte von dem Gefühl seiner Verantwortlichkeit erdrückt werden.“ Ein Versuch der Widerlegung dieser ausgezeichneten Worte wäre hoffnungslos.

Denn die logischen Zweckzusammenhänge, die sich denknotwendig ergeben, sind bei der „Vergeltungs“-Strafe so verschieden von denen der „Sicherungs“-Strafe, daß der Willensdenkakt, der auf jene gerichtet ist, hinsichtlich der Voraussetzungen wie hinsichtlich der Gestaltung der Strafe praktisch grundverschieden ist von dem auf „Sicherungs“-Strafe abzielenden.

Steht das Strafgesetz dem Gesetzgeber als ein Vergeltungsgesetz vor dem geistigen Auge, so vervollständigt es sich über das unbestimmte Vorstellungsbild eines „Leidensollens nach rechtswidrigem Verhalten“ hinaus in dem Sinne, daß dieses rechtswidrige Verhalten eine schuldhafte Handlung gewesen sein muß, daß der Unrechts- und der Schuldgehalt der Tat zu der Schwere der Strafe in Proportion stehen müssen, daß ohne Schuld oder über deren Maß hinaus auch dann Strafe ausgeschlossen ist, wenn von dem

<sup>42)</sup> Darüber sogleich unten S. 147.

<sup>43)</sup> Natürlich nicht alle. Vgl. z. B. Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, S. 5 ff.

<sup>44)</sup> Kunst der Gesetzgebung 9.



Individuum in Zukunft rechtswidriges Verhalten zu erwarten ist, daß umgekehrt die Annahme, der Täter werde sich auch ohne Strafe künftig nicht wieder verfehlen, kein zwingender Grund ist, von Strafe Abstand zu nehmen, daß vielmehr eine Nichtbestrafung schuldhafter rechtswidriger Handlungen damit zu motivieren ist, daß insoweit die Vergeltung ohne Schaden für die *salus publica* unterbleiben kann (wobei die Erwartung künftiger rechtmäßiger Haltung des Individuums eine Rolle spielen kann, aber nicht muß, und andererseits auch andersartige Erwägungen mitsprechen).

Als Sicherungsgesetz gedacht ist das Strafgesetz dagegen zweckgerecht darauf angewiesen, die charakteristische Voraussetzung der Strafe in die nach dem rechtswidrigen Verhalten jeweils gegebene Gefährlichkeit des Täters zu verlegen, die Strafe also fallen zu lassen, wo solche trotz schuldhaft begangener Tat nicht oder nicht mehr besteht, umgekehrt gegen den Gefährlichen die Strafe zu verhängen, wo keine Tatschuld bestand, und Art und Maß der Strafe unangesehen wie schwer oder leicht der Unrechts- und der Schuldgehalt der Tat waren, einzig danach zu bemessen, welche Übel dem Täter zu seiner Bändigung oder Unschädlichmachung auferlegt werden müssen. Wenn das Strafgesetz solche Ziele verfolgt, muß sich auch der denkende Gesetzgeber sagen, daß die nach rechtswidrigem Verhalten eintretende Sicherung im Grunde nur eine äußerliche Scheidung von der ohne solches eintretenden bedeutet und deshalb des „*postquam peccatum est*“ folgerichtig als Voraussetzung der Strafe über Bord geworfen werden muß. Und selbst der Charakter der Strafe als eines „*Leidens*“ ist dann nicht mehr festzuhalten, da nicht abzusehen ist, weshalb nicht der Sicherungszweck vorkommendenfalls auch durch Maßregeln erreicht werden kann, die der Betroffene nicht oder nicht mit Unlust empfindet. Dieses Auseinanderstreben der beiden „Straf“-Charaktere muß natürlich schon für den Gesetzgeber selbst von Bedeutung werden, wo es sich um die Festlegung der Voraussetzungen der Strafbarkeit und des Inhalts und der Höhe der Strafdrohungen handelt; aber darüber hinaus bleibt der Charakter der „Strafe“, so wie ihn sich das Gesetz denkt, für die Rechtsanwendung bestimmend, wo das Gesetz, unfähig, jedem Individualfall die individuelle Strafe zuzudenken, Strafraumen von engerem oder weiterem Umfang aufgestellt hat.

Gerade das methodologische und damit im eigentlichsten Sinne praktische Klarheitsbedürfnis ist es, das für die klassische Richtung in ihrem Kampf gegen die moderne eine Hauptrolle

spielt. Die beiden Schulen unterscheiden sich gewiß zunächst in sachlicher Hinsicht: hie Vergeltung, hie Sicherung. Aber man kann sie auch so scheiden, daß man die klassische Richtung als die methodologische, die moderne als die methodisch sorglose Richtung bezeichnet. Wie luftig das Vorstellungsgebäude so vieler Modernisten ist, das zeigt sich in ihrer sich immer wiederholenden erstaunten oder entrüsteten Frage an die Vergeltungstheoretiker: „also ihr wollt nach eurer proportionalen, gerechten Strafe den noch immer Gefährlichen ruhig wieder auf die Menschheit loslassen?“ Als ob je ein Vergeltungstheoretiker die dringende Notwendigkeit sichernder Maßnahmen bestritten hätte! Und wie wacklig das Gebäude der „Sicherungsstrafe“ bei den Modernisten ist, zeigt sich weiter darin, daß sie schließlich, wenn es zur Sache kommt, wenn es gilt, durchzugreifen, sich selbst lähmen, indem sie Mitleid mit dem Individuum verspüren und bei der „dringend gebotenen Sicherung“ nicht „über das verdiente Maß“ hinausgehen mögen, daß sie bei Vorbereitungshandlungen, die den Täter als hochgradig gefährlich entlarven, die Sicherung preisgeben, weil „noch keine strafbare Tat vorliegt“ u. dgl. Wer soll daraus klug werden? Wer ist der wahre Sachwalter der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung? Doch wohl der „Klassiker“, der, so sehr er für die Strafe nur das durch unrechtes schuldhaftes Handeln verdiente Übel zulassen will, für die Sicherung diese Voraussetzungen gänzlich streicht?

Selbstverständlich ist es jedem Gesetzgeber unbenommen, sich mit dem unbestimmten Begriff „Strafe: ein Leiden, das auf ein rechtswidriges Verhalten folgt“, zu begnügen, wenn er damit einverstanden ist, daß die Rechtsanwendung in individueller Regelung der Einzelfälle völlig freie Hand habe<sup>45)</sup>. Ist sein Willensdenkakt so beschaffen, daß es ihm recht ist, wenn bei durchaus gleicher Lagerung eines Falles die Strafe hier und das eine Mal in den Dienst des Vergeltungsgedankens gestellt, dort und das andere Mal als sichernde Maßnahme benutzt wird, so würde vom logischen Standpunkte aus die Unbestimmtheit im Begriff nicht als zweckwidrig erscheinen. Aber um der Gerechtigkeit willen wird schwerlich ein Gesetzgeber sich zu solcher Entsagung entschließen. Denn man bedenke wohl, daß dann z. B. das Gericht heute den einen von zwei Mittätern, die genau gleich in Schuld und Gefährlichkeit sind, zur Mindeststrafe von einem Tage Gefängnis verurteilen darf, weil es auf die Schuld an-

<sup>45)</sup> Vgl. oben S. 32.

komme und diese gering sei, und der hohe Grad von Gefährlichkeit des Täters bedeutungslos für die Strafe sei, während es morgen den anderen von den beiden zur Höchststrafe von fünf Jahren Gefängnis verurteilt mit der umgekehrten Motivierung, daß es auf die nicht durch geringere Einsperrung zu erzielende Sicherung ankomme, und die „Proportionalität von Schuld und Strafe“ bedeutungslos sei. Es würde sogar, da wir ja vorausgesetzt haben, daß der Gesetzgeber in dem Schulenstreit absichtlich absolut nicht Partei ergriffen habe, also nicht einmal die Schuld als für die Strafe bedingend aufgefaßt habe, — es würde sogar gerade so gut die Freisprechung des Täters zu dem Gesetze stimmen, wie die Verhängung der Todesstrafe, jene motiviert mit Fehlen der Schuld unter bewußter Nichtberücksichtigung der Gefährlichkeit, diese motiviert mit Unerläßlichkeit der Unschädlichmachung unter bewußter Nichtberücksichtigung des Fehlens von Schuld.

Also wie gesagt, wenn der Gesetzgeber das mit dem Gerechtigkeitsziel für vereinbar hält, dann möge er auf Stellungnahme in dem Schulenstreit verzichten. Aber gibt es jemanden, der das für gerecht hält? Werden nicht alle, welcher Richtung sie auch seien, darin übereinstimmen, daß eine zur Verfügung des Richters, und damit des unberechenbaren Zufalls gehaltene Wahl jedenfalls schwer ungerecht sei?

Wenn deshalb neuerdings so viel davon die Rede gewesen ist, daß „sich der Strafgesetzgeber nicht auf eine bestimmte Stellungnahme im Schulenstreite festzulegen brauche“, so braucht man kein Prophet zu sein, um zu sagen, daß sich ein Gesetzgeber, der wirklich so wie Vogel Strauß den Kopf in den Sand steckte, eben nicht finden wird. Tatsächlich hat denn auch noch kein einziger der schon in so großer Zahl vorliegenden StGB.-Entwürfe der verschiedensten Staaten mit Einschluß des neuesten deutschen Entwurfs diese Kernfrage des Strafrechts umgangen. Wohl ist häufig krampfhaft vermieden worden, das Wort „Vergeltung“ in den Mund zu nehmen, und damit hat man dann geglaubt, der Partei ergreifung ausgewichen zu sein. Aber wenn dieselben Entwürfe die Schuld des Täters als bedingend und als maßbegrenzend für die Strafe normieren, dann haben sie sich eben für das Festhalten der Vergeltung entschieden, so wie umgekehrt ein Gesetzgeber, der das Ob und Wiehoch der Strafe von der Gefährlichkeit des Individuums abhängig machte, sich damit für die Sicherungstheorie entschieden hätte, möchte er noch so sehr dieses Wort vermeiden.

Merkwürdig genug wird nun aber unter dem Schlagwort von der „Überwindung des Schulenstreits“ noch das gerade Gegenteil der gesetzgeberischen Neutralität verstanden, nämlich die mehr oder weniger weitgehende kompromißmäßige Verschmelzung der beiderseitigen Standpunkte, also die Parteiergreifung für beide zusammen. Dagegen ist nun wieder methodisch an sich nichts einzuwenden; nur müßte, soll nicht das Kompromiß praktisch in Nichts zusammenfallen, das neue, sachliche Ergebnis klar verständlich hervortreten, und somit die Antwort für die Behandlung des Strafproblems gemäß den neuartigen denknotwendigen Zusammenhängen bereit stehen <sup>46)</sup>.

In diesem Sinne ist es nun jedenfalls eine Selbsttäuschung, wenn man meint, kompromißmäßig die Strafe restlos ebensowohl dem Vergeltungs-, wie dem Sicherungsgedanken unterstellen zu können. Eine Zusammenlegung ist ausdenkbar im Punkte der Voraussetzungen dafür, ob Strafe eintreten soll, worüber gleich das Nähere zu sagen ist. Aber von der Strafe zu verlangen, daß sie stets sowohl in der Richtung der Vergeltung, wie in der Sicherung zweckgerecht sein solle, bedeutet, daß sie in Art und Höhe sowohl das durch den Unrechts- und Schuldwert der Tat verdiente Übel, wie auch das angesichts der Gefährlichkeit des Täters notwendige rücksichtslos zupackende Übel (oder umgekehrt eventuell ohne Übelscharakter) sei, daß sie also z. B. zugleich auf einen Tag Gefängnis und auf fünf Jahre Gefängnis laute. Wie soll man das praktisch ausführen? Natürlich: gordische Knoten kann man immer zerhauen. Hier könnte etwa für solche Fälle das arithmetische Mittel durch Kompromiß vereinbart werden, also im obigen Beispielfalle  $2\frac{1}{2}$  Jahre Gefängnis. Würde solche oder eine andere Formel aufgestellt, so wäre logische Klarheit geschaffen. Aber wie fände sich unser Zweck-sinn damit ab, daß die Strafe ebenso ungerecht, wie für die Sicherung unzulänglich wäre?

Eine Selbsttäuschung wäre es ferner, wenn man das Mischungsrezept darin gefunden zu haben glaubte, daß gewisse Gruppen von Fällen rechtswidrigen Verhaltens der „Vergeltungsstrafe“, andere der „Sicherungsstrafe“ unterstellt würden. Denn damit wäre zwar innerhalb jeder Gruppe logische Klarheit geschaffen, aber vergeblich würde man danach fragen, was diese beiden Gruppen innerlich so zusammenhält, daß es einen Zweck hat, sie unter dem bei solcher Zusammenlegung wertlosen Begriff „Strafe“ zusammenzufassen. Es wäre sogar mit Sicherheit vor-

<sup>46)</sup> Vgl. oben S. 34, 38.



auszusehen, daß der gemeinsame Name Strafe die aufgerichteten Grenzpfähle umwerfen würde, daß in der Rechtsanwendung innerhalb jeder beider Gruppen gedankliche Anleihen bei der anderen gemacht würden.

Möglich wäre ein Kompromiß in der Weise, daß die Zulässigkeit der Strafe von den beiderseitigen Voraussetzungen zusammen abhängig gemacht würde: der Anhänger des Vergeltungsgedankens würde auf Strafe verzichten, insoweit der Täter nicht gefährlich erscheint; der Anhänger der „Sicherungsstrafe“ würde auf diese verzichten, soweit der Gefährliche nicht zugleich ein „Schuldiger“ ist. Nur der „gefährliche“ „Schuldige“ wäre strafbar. Aber ganz abgesehen davon, daß sich jeder, dem Prävention am Herzen liegt, denn doch wohl fragen wird, ob er nicht lieber die Sicherung in völliger Trennung von der Strafe durchgeführt wissen will, wozu es ja keines Kompromisses bedarf, da die Gegner ja dagegen gar nichts haben —, nach einem solchen Kompromiß würde sich immer noch die Frage erheben, wie und wie hoch denn die Strafe gegen den „gefährlichen Schuldigen“ sein soll, und dann müßte notgedrungen der Vergeltungsgedanke allein siegen o d e r der Sicherungsgedanke allein <sup>47)</sup>.

Wenn somit eine gedankenklare Überbrückung der Gegensätze nicht möglich ist, so wird sich der ruhig Denkende fragen, ob nicht die Bereitwilligkeit zu einem sogenannten „Kompromiß“ zu einer ganz anderen Lösung hindrängt. Bedeutet nicht diese Bereitwilligkeit ein gegenseitiges Anerkennen hier des Sicherungsgedankens als solchen, dort des Vergeltungsgedankens als solchen? Und wenn dem so ist, ist dann überhaupt die Veranlassung gegeben, den Streit durch begriffliche Gestaltung der „Strafe“, also innerhalb des Strafrechts, auszutragen? Ist dann nicht praktischerweise ein Vergeltungsrecht, und neben ihm ein Präventionsrecht auszuarbeiten und hinterher zu überlegen, ob man den Begriff der Strafe lediglich auf das Eine beschränkt? Und wenn man dann, wie sprachgebräuchlich, die Vergeltung „Strafe“ nennt, ist es dann ein unbilliges oder aussichtsloses Verlangen gegenüber den Anhängern der „Sicherungsstrafe“, daß sie sich nicht darauf versteifen sollen, die sachlich ja ganz in ihrem Sinne herauszuarbeitende vorbeugende Maßregel „Strafe“ zu nennen?

Dieser „Ausweg“ ist so verblüffend einfach, daß vermutlich künftige Zeiten nicht mehr begreifen werden, wie es kommen konnte, daß sich die klassische Richtung eine so gestaltete Gesetzgebung erst mühsam erkämpfen mußte, und wie gar erst

<sup>47)</sup> Oben S. 144 f.

die „Modernen“ je behaupten konnten, daß sie als Sieger aus dem Kampfe hervorgegangen seien. Das Losungsgeschrei war ja hier: Fort mit Vergeltung, alle Strafe Sicherung; dort aber: Beibehaltung der Strafe, d. i. der Vergeltung, dazu sichernde Maßnahmen ohne Strafcharakter.

Völlig im Sinne dieser Lösung lassen sich dann auch die Probleme behandeln, ob und wie man die Strafmaßregel zugleich so ausgestalten kann, daß sie tunlichst prävenierend wirkt, und inwieweit von Strafe abgesehen werden kann. In keinem Punkte handelt es sich dabei um „Konzessionen“ der klassischen Richtung an die Modernisten. Denn die klassische Richtung von heute läuft ja längst nicht mehr in den Gedankengleisen von Kant, der gegen jede Behandlung des Menschen als „Mittels“ zum Zweck des Nutzens für andere, und damit gegen den utilitaristischen Charakter jedes Verbrechenspräventionsrechts überhaupt protestierte, und der Vergeltung, nichts als Vergeltung, und diese ohne jede Mitberücksichtigung des Sicherungsgedankens, und zumal ohne Verkürzung durch diesen forderte. Was heute die klassische Richtung eint, das ist, das die Festhaltung des Vergeltungscharakters der Strafe ohne methodisch verworrene Hineinmischung des Sicherungsgedankens, ein Standpunkt, der die Bejahung der methodisch reinlichen Durchdringung des Rechts mit Präventionsmaßregeln nicht aus-, sondern einschließt. So ist es längst Sorge auch der Vertreter dieser Richtung, die Strafmittel selbst tunlichst so zu gestalten, daß schon durch sie eine Prävention mit erreicht wird; nicht als ob diese ein „Nebenzweck der Strafe“ wäre, wohl aber so, daß eine identische Maßnahme in Idealkonkurrenz zugleich Strafe und Sicherungsmaßnahme werde. Und was das „Absehen von Strafe“ anlangt, so hat dieses mit dem Augenblick in die Vergeltungstheorie seinen Einzug gehalten, indem der Absolutismus, der ja übrigens in der Gesetzgebung niemals eine Stätte gehabt hat, durch den Gedanken verdrängt wurde, daß Abstriche von der Vergeltung nach ob und wie hoch bzw. insoweit gerechtfertigt seien, wo bzw. inwieweit die *salus publica* sie nicht fordere oder sogar widerrate. Das kommt sogar bei Vergeltungstheoretikern, die dem Absolutismus nahestehen, wie Birkmeyer, zum Vorschein. Wenn dann über die Durchführung der Strafausschließung im einzelnen unter den Vertretern der klassischen Richtung Meinungsverschiedenheiten obwalten, so handelt es sich dabei nur um Grenzregulierungsfragen, und es ist interessant zu sehen, wie häufig sich dabei gerade „Klassiker“ als energischere Interessenten des Schutzgedankens bewähren denn die Sicherungsstrafe-Anhänger

moderner Observanz. Wenn sich z. B. die Widerstände, die sich aus dem klassischen Lager gegen die bedingte Verurteilung erhoben haben, der Befürchtung entspringen, die Volksmoral werde durch die bedingte Verurteilung zu dem „Einmal ist keinmal“ großgezogen, so heißt das nichts anderes, als daß gerade der Vorbeugungsgedanke ein solches Absehen von Strafe widertrate. Dabei geraten diese Autoren nicht unversehens in die „Sicherungsstrafe“. Die Strafe wird nicht positiv als Sicherung gerechtfertigt, sondern es wird nur der Anspruch, sie fallen zu lassen, mit der Begründung abgewehrt, daß sich aus Gründen des Schutzes gegen kommende Verbrechen die Möglichkeit verschließe, von einer Unschädlichkeit des Verzichts auf Vergeltung zu sprechen.

Stellt man sich also auf den Boden der Auffassung, daß es sich um eine staatliche Doppelaufgabe — Vergeltung einesteils, Sicherung andernteils — handelt, so ist damit alle Kompromißwirtschaft vermieden, und es bleibt nur für die einzelnen Probleme die erfahrungswissenschaftliche Abschätzung der Geeignetheit der Maßregeln für und gegen den einen oder anderen Zweck übrig.

Eines freilich bleibt Vorbedingung für einen derartigen Friedensschluß: daß die Beteiligten einesteils — im Gegensatz zum absoluten Indeterminismus — die Beeinflußbarkeit des Menschen durch Motive anerkennen, denn darauf beruht die Vorkehrung sichernder Maßnahmen, soweit sie psychisch wirken wollen; und daß sie andernteils — im Gegensatz zum echten Determinismus — der Persönlichkeit eine Möglichkeit der Selbstbestimmung zugestehen, denn darauf beruht die Sinnhaftigkeit des Schuldbegriffs und damit die Sinnhaftigkeit der Vergeltung. Wer beides bejaht, mag sich dann Determinist nennen, etwa mit dem neuerdings üblich gewordenen, die Sache verschleiern den Ausdruck „Autodeterminist“; das bleibt sich gleich. Wer freilich auf dem einen der beiden extremen Flügel steht, für den gibt es nur Biegen oder Brechen; für ihn könnte von keinem auch nur kompromißähnlichen Gedanken die Rede sein. Aber noch hat man bisher wohl nie gehört, daß die Lebenspraxis und die Gesetzgeber das Menschenwesen als Gott oder als Tier aufgefaßt hätten!

#### d) Verbrechenarten und gesetzliche Tatbestände.

Der Gesetzgeber, der sich dahin schlüssig gemacht hat, daß und in welchem Sinne er Strafe als Rechtsfolge an rechtswidriges

Verhalten anschließen will, könnte sogleich zur Aufstellung des Strafgesetzes schreiten, wenn er erstlich will, daß die Strafe das ganze Gebiet rechtswidrigen Verhaltens umspannen soll, und er zweitens von sich aus keine bestimmten, sich auf bestimmte Gruppen von Unrecht beziehenden Strafdrohungen aufstellen, sondern die Fixierung der Strafe vollständig der Individualregelung durch den Richter überlassen will. Er würde dann, eventuell unter Aufführung der Liste der Leiden, die er als Strafleiden für recht und gut hält, einen einzigen Paragraphen brauchen: bei Vergeltungsstrafe:

„Wer schuldhaft eine rechtswidrige Handlung begangen hat, ist im Verhältnis zu der Schwere seiner Tat strafbar; bei Sicherungsstrafe:

„Wer gefährlich ist, ist nach rechtswidrigem Verhalten in dem Maße strafbar, in dem seine Bestrafung zur Sicherung der Allgemeinheit geboten ist.“

Das wäre nicht ganz der „Schurkenparagraph“: „Jeder Schurke wird bestraft“, aber etwas ähnliches.

Sobald aber der Gesetzgeber innerhalb der Strafmöglichkeiten bestimmte Wertgrößen für bestimmtartige Gruppen von Unrecht aufstellen, auch dieses also wertlich in Gruppen zerlegen will, fragt sich für ihn noch, ob er sich diese Zerlegung des Gesamtgebiets des Unrechts in Gruppen derart denkt, daß diese restlos das ganze Gebiet erschöpfen, ob es also unbeschadet der Zerlegung dabei sein Bewenden haben soll, daß kein Unrecht straflos bleibt, oder nicht. Die Durchführung eines Gesetzgebungsprogramms der ersten Art würde voraussetzen, daß sich der Gesetzgeber zutraut, bei der Aufteilung und gruppenweisen Aufzählung der rechtswidrigen Verhaltensweisen nichts zu übersehen, oder wenigstens daß er den einzelnen Strafgesetzen noch ein Aushilfsstrafgesetz anhängt: „Wer sonst irgendwie rechtswidrig handelt, wird mit . . . bestraft.“

Ein solches Vorhaben hat heute aber kein Gesetzgeber. Ihm erscheint nicht nur der „Einzige §“, der allumfassend lautet, sondern auch die Clausula generalis, die aushilfsweise auf „irgend ein andersartiges rechtswidriges Verhalten“ lautet, anstößig im Interesse der Rechtssicherheit. Selbst der im heutigen deutschen Recht bedenklich in die Clausula generalis hinüberschillernde „Grob-Unfugs“-Paragraph ist nicht in solchem Sinne gedacht. Ist aber der Gesetzgeber gewillt, aus dem Gebiete des rechtswidrigen Verhaltens lediglich gewisse Gruppen auszuheben, um den Rest straflos zu lassen, so ändert sich nun das logische Bild vollständig. Solange das Strafgesetzbuch in jenem „Einzigen §“ be-



steht, oder zwar Verbrechenarten gebildet sind, diese aber lückenlos „das“ rechtswidrige Verhalten bilden, ist die Frage nach dem „Ob“ der Strafbarkeit stets unangesehen das „Wie“ beantwortbar; das „Wie strafbar“ ist im ersten Falle überhaupt nicht rechtlich festgelegt, und im zweiten muß es logisch exakt seine Erledigung finden können, nachdem die Rechtswidrigkeit, und mit ihr das „Daß“ der Strafbarkeit festgestellt ist. Der „Allgemeine Teil“ ist dann entweder überhaupt identisch mit dem Strafgesetzbuch und hat keinen „Besonderen“ neben sich, oder er ist der methodisch vorgeordnete. Nun aber, wenn nicht mehr das Unrecht schlechthin für strafbar erklärt ist, kann man es keiner Handlung mehr ansehen, ob sie strafbar ist, bevor man nicht die Liste durchgesehen hat, die die Verbrechenarten, nach Gruppen zusammengefaßt, auführt. Der „Allgemeine Teil“ ist von dem „Besonderen“ methodisch abhängig geworden, er schwebt ohne diesen in der Luft. Es gibt nunmehr kein allgemeines Strafgesetz, dem die einzelnen Strafgesetze nur zur näheren Ausführung folgten, sondern es gibt nur eine Summe von Einzelstrafgesetzen, so daß der Allgemeine Teil nur unselbstständige Zusammenfassungen oder Ergänzungen bringen kann.

Für den Gesetzgeber treten damit die einzelnen Strafgesetze derart als das in erster Linie Interessierende hervor, daß er sein Denken notwendig zuerst auf sie zu richten hat, die Vorab-erledigung des Besonderen Teils, schon an und für sich das Praktische, wird bei dem System der geschlossenen Verbrechenarten zur logischen Notwendigkeit. Viel ins Unbestimmte hinein steuernde und von Formalismus bedrohte Denkarbeit wird vermieden, wenn man nicht fehlerhafterweise mit der Festlegung der „Allgemeinen Lehren“ beginnt. Wird zuerst die dem Besonderen Teil gestellte Aufgabe erledigt, so ist damit schon, wie noch zu zeigen sein wird, über eine große Zahl von „allgemeinen Lehren“ Licht verbreitet; der in dieser methodisch richtigen Weise vorgehende Gesetzgeber findet sich dann, sich selbst verstehend, der Tatsache gegenüber, daß ihm zahlreiche scheinbar schwierige Begriffe von selbst logisch notwendig schon unter den Händen hervorgewachsen sind.

Was sich der Gesetzgeber also zunächst angelegen sein läßt, das ist: das ganze Gebiet rechtswidrigen Verhaltens zu überblicken, daraus typische Lebensbilder herauszuschneiden und die Individuen, die sich in dieser typischen Weise rechtswidrig verhalten, mit einer Strafdrohung zu belegen, die dem mit diesem Typus gegebenen Unrechtswert entspricht. So kommen die „Verbrechenarten“ zustande. Sie scheiden sich in erster Linie —

nur daß dann noch sekundär weitere Einteilungsprinzipien hinzutreten können — durch den „gesetzlichen Tatbestand“, der einer jeden Verbrechenart charakteristisch ist, und sie von anderen unterscheidet <sup>48)</sup>).

Dieser Begriff des „gesetzlichen Tatbestands“ ist es, der methodologisch einen Grund- und Eckstein für Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft bildet. Leider gehört er, wie manche Menschen, zu den Unglücklichen, die um ihres Namens halber nicht recht zur Geltung kommen, die man in dem Kreise, in dem sie bekannt sind, gebührend schätzt, während der mit ihnen nicht Vertraute über sie hinwegsieht. Noch wirren der „allgemeine“ und der „besondere“ Tatbestand, der „abstrakte“ und der „konkrete“ Tatbestand, der „innere“ und der „äußere“ Tatbestand, der Tatbestand, die Rechtswidrigkeit und die Schuld derart durcheinander, daß alle Einfachheit und Durchsichtigkeit der Betrachtung geschwunden ist. Um den Begriff des gesetzlichen Tatbestandes zu erfassen, wird es deshalb empfehlenswert sein, zunächst diesen Terminus beiseite zu lassen. Es ist aber noch ein anderer Umstand, der sich der richtigen Erfassung hindernd in den Weg gestellt hat, nämlich daß die gesetzlichen Tatbestände unübersehbar zahlreich sind.

Um allen den Irrungen zu entgehen, die der Name und die Masse verschuldet hat, setze ich den Fall, ein Strafgesetzgeber hätte aus dem ganzen Bereiche des rechtswidrigen Verhaltens bisher nur die „Tötung eines Menschen“ ausgehoben. Das einzige Strafgesetz, das vorhanden wäre, lautete also: „Wer <sup>49)</sup> rechtswidrig einen Menschen tötet, wird . . . bestraft.“ Welche Vor-

<sup>48)</sup> Hierzu und zum Folgenden vergl. meine Grundzüge des Strafrechts <sup>6/7</sup> § 15 II, § 74, sowie meine „Lehre vom Verbrechen“. Die dort gegebenen Ausführungen nehmen den gesetzlichen Tatbestand als fertig gegebene Größen, mit denen der Jurist zu arbeiten hat. In der vorliegenden Abhandlung wird dagegen der gesetzliche Tatbestand in den Werdegang des gesetzgeberischen Denkens eingestellt; gerade dadurch erlangt die strafrechtswissenschaftliche Methodik, die in den Bahnen der erkennenden Logik wandeln muß, ihren die Erkenntnis vertiefenden Hintergrund, indem sie das zu Erkennende als Ergebnis eines Willensdenkprozesses aufzeigt. Wer die gesetzlichen Tatbestände als freie Schöpfung des Gesetzgebers, zugleich aber als in denknötwendige Sinnzusammenhänge einmündend, erfaßt hat (vgl. besonders unten S. 161 ff., 172 ff., 185 ff.), wird sich der Nötigung, nunmehr als Jurist sein Erkennen dem anpassen zu müssen, nicht entziehen können.

<sup>49)</sup> Die Differenzierungen, die sich je nachdem ergäben, ob Vergeltung oder Sicherung gemeint ist, lasse ich hier, weil methodisch nicht interessierend, beiseite.

stellungsbilder träten uns dann vor die Seele? Drei <sup>50)</sup> Feststellungen ergeben sich sofort:

1. „Tötung eines Menschen“ ist nicht die am so und so vielen da und da von X an Y mittels Erstechens wirklich verübte Tötung eines Menschen, sondern eine Schablone, eine Abstraktion, kein Lebenskonkretum oder Summe gleichartiger Lebenskonkrete. Jenes Strafgesetz nötigt dazu, den Lebensfall daraufhin zu prüfen, ob die ihn bildenden Tatsachen der „Tötung eines Menschen“ zu subsumieren sind, aber die „Tötung eines Menschen“ ist ein Rechtsbegriff und nicht das Tatsächliche selber.

2. „Tötung eines Menschen“ ist etwas, was sich auf das äußere Geschehen, nicht auf das Seelische im Täter bezieht. An dem, was in der Seele jemandes vorhanden war, können wir nicht ablesen, ob eine „Tötung eines Menschen“ vorlag, und umgekehrt können wir das äußerlich Geschehene als „Tötung eines Menschen“ erfassen, ohne zu wissen, wie es in der Psyche des Täters aussah. Etwas durchaus Anderes ist die „Schuld“; für diese kann die psychische Einstellung des Täters auf die „Tötung eines Menschen“ von Bedeutung sein, aber jedenfalls ist diese psychische Einstellung begrifflich nicht selber das, was wir als „Tötung eines Menschen“ verstehen. Das zeigt sich völlig klar darin, daß auch ein von dem Schuldverfordernis absehendes Sicherungsstrafrecht von rechtswidriger Tötung eines Menschen sprechen könnte.

3. Das Vorstellungsbild „Tötung eines Menschen“ schließt die Vorstellung der Rechtswidrigkeit nicht in sich. Wohl hatte der Gesetzgeber die „Tötung eines Menschen“ als eine Art von Unrecht aus dem Gesamtbereich des rechtswidrigen Verhaltens herausgeschnitten. Aber er hat diesen Ausschnitt so vollzogen, daß er dabei eine Figur benutzt hat, die auch ohne seine Wertung als „rechtswidrig“ einen selbständigen begrifflichen Sinn hat. Dieser Figur als solchen vermögen wir es nicht anzusehen, ob und inwieweit eine rechtswidrige Handlung gegeben ist. Zwischen dem Charakter der Handlung als rechtswidrig und dem als Tötung eines Menschen besteht zwar ein Sinnzusammenhang, den wir mit zu beachten haben, um das Begriffsbild „Tötung eines Menschen“ näher zu bestimmen, und der sich namentlich darin geltend macht, daß im Rahmen des Strafgesetzes die Tötung eines Menschen bedeutungslos ist, soweit sie nicht auch

<sup>50)</sup> Wegen weiterer begrifflicher Fixierungen des gesetzlichen Tatbestands besonders im Hinblick auf die sog. objektiven Bedingungen verweise ich auf meine „Lehre vom Verbrechen“.

rechtswidrig ist. Aber wie schon oben <sup>51)</sup> aufgezeigt, dürfen Begriffsinhalt und Sinnzusammenhang eben nicht verwechselt werden. Schlösse die „Tötung eines Menschen“ begrifflich die Rechtswidrigkeit ein, so müßte ja auch die nicht rechtswidrige Tötung unvorstellbar sein; sie könnte, weil nicht rechtswidrig eben auch keine „Tötung eines Menschen“ sein.

Räumt man demgemäß ein, daß der Begriff „Tötung eines Menschen“ als Abstraktion ein aliud bedeutet gegenüber dem daran zu messenden, und auch dem als ihm entsprechend befundenen Lebensmaterial; daß er als Umriß äußeren Geschehens ein aliud bedeutet gegenüber der inneren Tatseite und ihrer rechtlichen Bedeutung; daß er endlich als wertungsfreie Figur ein aliud gegenüber der Rechtswidrigkeit bedeutet, so brauchen wir nunmehr nur für die vom Gesetzgeber sonst noch aufgestellten Strafgesetze — „wer rechtswidrig fremde Sachen beschädigt“ usw. — immer das gleiche analysierende Verfahren anzuwenden, und das als „Tötung eines Menschen“, als „Sachbeschädigung“ usw. analysierte Element in seiner Funktion für ein Strafgesetz überhaupt so zu bezeichnen, daß ein einheitlicher Name da ist, der die „Tötung“ usw. als Beispiele umfaßt — und der „gesetzliche Tatbestand“ ist gewonnen. „Gesetzlicher Tatbestand“ ist also ein Funktionsbegriff; er drückt die Rolle aus, die die untereinander verschiedenartigen Begriffe „Tötung eines Menschen“, „Beschädigung einer Sache“ usw. gleichheitlich im begrifflichen Bau des Strafgesetzes spielen — etwa wie der „Tell“ in Schillers Schauspiel die verschiedensten Darsteller der Rolle umfaßt. Gäbe es nur das eine Strafgesetz gegen „Tötung eines Menschen“ (oder, wie wir natürlich nun weiter hinzufügen dürfen, zwar mehrere Strafgesetze, aber solche, die sich alle um „Tötung eines Menschen“ drehen und nur danach verschieden sind, ob die Tötung vorsätzlich oder fahrlässig verübt war usw.), so könnten wir des Begriffs „gesetzlicher Tatbestand“ entraten; wir brauchten eben nur von „Tötung eines Menschen“ zu sprechen. Erst die Mehrheit solcher Figuren, die aber doch alle die gleiche funktionelle Bedeutung im Bau des Strafgesetzes haben, macht es wünschenswert, einen für sie alle stellvertretend einrückenden Begriff zu haben, weil wir sonst genötigt wären, das, was gleichheitlich für alle gilt, durch die Wendung „Tötung eines Menschen bzw. Beschädigung einer Sache bzw. . . .“ und so fort unter Aufzählung aller in den Strafgesetzen vorfindlichen Figuren auszudrücken.

<sup>51)</sup> S. 48.



Die Rolle aber, die der Begriff für das Strafrecht spielt, ist, von weiteren Folgerungen zunächst noch abgesehen, die, daß einmal die Summe aller gesetzlichen Tatbestände den Raum absteckt, innerhalb dessen überhaupt nach positivem Strafrecht von strafbaren Handlungen die Rede sein kann: die Tatbestandsmäßigkeit = die Zugehörigkeit der Handlung zu einem der gesetzlichen Tatbestände ist für die strafbare Handlung begriffswesentlich; — und sodann daß die auf einen bestimmten Tatbestand zu beziehende Strafbarkeit sich nach der zu eben ihm laut gesetzlicher Anordnung passenden Strafdrohung bestimmt. Dagegen löst weder die Tatbestandsmäßigkeit schlechthin, noch das Unterfallen der Handlung unter einen der Tatbestände schon die passende Strafdrohung ohne weiteres aus: es handelt sich nur um ein Bezugsverhältnis. Damit hebt sich der Begriff des gesetzlichen Tatbestands deutlich ab von dem sog. „allgemeinen Verbrechenstatbestand“, d. i. dem Inbegriff aller Merkmale, die die Strafbarkeit bedingen, einem Begriff, der nur einer rechtswissenschaftlichen Zusammennahme aller für die Strafbarkeit wesentlichen Merkmale entstammt und gar nichts anderes bedeutet, als eben die „strafbare Handlung“ selbst.

In seiner Eigenschaft als Deckname für „Tötung eines Menschen“ usw. hebt sich der „gesetzliche Tatbestand“ weiter scharf ab, 1. von den Lebenskonkreten, den „Tatumständen“, die unter die juristische Schablone, eben den Tatbestand, gelegt werden; diese bilden nicht auch wieder einen „Tatbestand“, sondern den Sachverhalt; 2. von allem, was in das Schuldkapitel gehört; es gibt keinen „inneren Tatbestand“ — sowenig es eine „innere Tötung eines Menschen“ gibt —, sondern es gibt nur innere Tatumstände, einen inneren Sachverhalt, und dieser kann nie selber einen gesetzlichen Tatbestand bedeuten, sondern nur auf einen solchen bezogen sein; 3. von der Rechtswidrigkeit: die Aussage, daß eine tatbestandsmäßige Handlung vorliege, verrät gar nichts darüber, ob die Handlung rechtswidrig sei, so wenig wir mit der Feststellung, daß jemand „einen Menschen getötet“ habe, damit schon wissen, daß dies rechtswidrig geschehen sei.

Daß wir einen derartigen Decknamen für die hier in Rede stehende Figur brauchen, wird nicht wohl bestritten werden können. Wohin kämen wir, wenn wir schon, um dem Lernenden die positivrechtliche Geschlossenheit des Kreises der strafbaren Handlungen darzulegen, sagen müßten: es muß eine Handlung vorliegen, die entweder Tötung eines Menschen oder Beschädigung einer Sache oder . . . und so fort bis in die Tausende — statt einfach formulieren zu können: die Handlung muß einem der

In den Strafgesetzen ausgeprägten gesetzlichen Tatbestände entsprechen? Und ebenso, wenn wir gewisse allgemeine Lehren, die hinsichtlich dieses strafgesetzlichen Elements einerlei ob es sich um diesen oder jenen Tatbestand handelt, gelten, entwickeln wollen?

Daß der Name „Tatbestand“ auch für den „allgemeinen“, daß er auch für die Lebenskonkreta, daß er gar für seelische Lebenskonkreta oder für deren juristische Bedeutung als Schuld gebraucht wird, ist bedauerlich, da für alle diese Dinge geläufige und gute andere termini zur Verfügung stehen. Zuzugeben mag sein, daß der echte „gesetzliche Tatbestand“ durch dieses Wort nicht besonders charakteristisch bezeichnet ist. Aber es wird späterer juristischer Sprachkunst hoffentlich noch gelingen, ein markantes Wort für den Begriff zu finden. Das Wort durch den Ausdruck „Rechtsfigur“ oder „Typus“ zu ersetzen geht deshalb nicht an, weil zwar in der Tat die gesetzlichen Tatbestände die einzelnen Rechtsfiguren oder Typen umreißen, aber an dieser Figürlichkeit auch noch andere rechtserhebliche Elemente teilnehmen<sup>52)</sup>. Aber wir dürfen uns mit dem terminus technicus „gesetzlicher Tatbestand“ jedenfalls deshalb bescheiden, weil er genau in diesem Sinne im StGB. § 59 gebraucht ist<sup>53)</sup>.

#### e) Die logische Bedeutung der Ausprägung gesetzlicher Tatbestände für die Schuld.

Der Gesetzgeber, für den die Strafe Vergeltung bedeutet, der also jene nach Ob und Wie hoch zu der Schuld in Abhängigkeit stellt, wird sich veranlaßt sehen müssen, zu prüfen, ob die Begrenzung der Strafbarkeit auf tatbestandsmäßiges Unrecht und die auf tatbestandlichem Gebiet vollzogene Gruppenbildung denknotwendig Folgen für die inhaltliche Bestimmung des Schuld-begriffs nach sich ziehen.

<sup>52)</sup> Z. B. gehört zur Diebstahlsfigur die Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, also ein psychisches Moment; zur Bankerottfigur die Konkursöffnung als ein zwar wie der Tatbestand äußeres, doch aber nach geltendem Recht nicht zu diesem gehöriges Moment. In meiner Lehre vom Verbrechen ist noch nicht genügend zwischen Typus und Tatbestand geschieden. Vgl. meine Grundzüge des Strafrechts <sup>6/7</sup> § 15 II.

<sup>53)</sup> Daß nach § 59 zum Vorsatz die Kenntnis der Tatumstände nötig ist, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, drückt zunächst deutlich aus, daß die ersteren, als Tatsachen, nicht selber ein Tatbestand sind, sondern der Prüfung harren, inwieweit sie unter die Abstraktion „Tatbestand“ gebracht werden können. Daß § 59 unter dem Tatbestand den allgemeinen, also die Gesamtheit der Verbrechenmerkmale versteht, kann nicht gut behauptet werden, denn da z. B. zum Tatbestand in diesem Sinne

Der logisch gewiesene Weg, um hierüber Klarheit zu erlangen, ist der, daß zunächst einmal von der ja nicht logisch gebotenen, sondern nur willensmäßig vollzogenen Einspannung des Strafrechts in „Tatbestände“ abgesehen wird. Wie sieht die „Schuld“ aus, wenn ein Strafrecht lediglich in dem einen Satze besteht, daß schuldhaftes Unrecht strafbar ist?

Offenbar müssen, da die Vergeltung von Rechtswidrigkeit und Schuld abhängig gemacht wird, diese beiden Begriffe etwas Verschiedenes sein; sie müssen andererseits beide eine Wertung ausdrücken, derart, daß erst ihr Zusammentreffen den Mißwert der Tat kennzeichnet, ohne den im Sinne der Rechtsordnung das Strafleiden ungerechtfertigt wäre. Diesen aus dem Sinnzusammenhang der Strafe als Vergeltung mit ihren Voraussetzungen gewonnenen Anforderungen genügt und genügt nur die Erfassung der Schuld als der rechtlichen Mißwertigkeit der Innerlichkeit der Handlung im Gegensatz zu der „Rechtswidrigkeit“ als der rechtlichen Mißwertigkeit der äußeren Seite der Tat. Und da jenes Innerliche beim Handeln der Wille ist, der sie von dem von Vergeltung nicht erfassbaren bloßen mechanischen „Tun“ abhebt, so stellt sich die Schuld als rechtlicher Willensfehler dar oder, wie man auch sagen kann, ohne irgendwie die Verwischung der scharfen Scheidelinie zwischen der „Rechtswidrigkeit“ im üblichen Sinne (der „objektiven“ Rechtswidrigkeit) und der Schuld befürchten zu müssen: Die Schuld ist die Rechtswidrigkeit der seelischen Regung, die das Verhalten als ein gewolltes Verhalten erscheinen läßt: des Entschlusses, sich körperlich so zu verhalten, wie es geschieht.

Die Entschlüsse, die das körperliche Verhalten des Menschen bestimmen, können aber der Rechtsordnung entweder in stärkerem oder in geringerem Grade mißfällig sein. Die Rechtsordnung nimmt natürlich zunächst Anstoß an einem Entschluß zum Handeln dann, wenn der Entschluß inhaltlich auf die Tat als eine objektiv rechtswidrige ging, wenn sich also der Handelnde des Gegensatzes des Inhalts seines Entschlusses zu der Rechtsordnung bewußt war. War das nicht der Fall, so bleibt immer

auch der Vorsatz selbst gehört, so müßte, damit Vorsatz gegeben wäre, der Täter „seinen Vorsatz gekannt haben“, ein unentrinnbarer *circulus vitiosus*; es müßte ferner der Täter auch die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit gekannt haben. Tatsächlich operiert auch die durchgängige Meinung mit einer Beziehung des Seelischen zum echten gesetzlichen Tatbestand. Ganz außerhalb des Textes und Zieles des § 59 StGB. bleiben die Probleme, ob außer der in ihm bezeichneten tatbeständlichen Wissensrichtung noch weiteres zum *dolus* erforderlich ist. Vgl. meine Grundzüge §§ 27, 28.

noch vom Standpunkte des Rechts aus möglicherweise bemängelbar, daß der Handelnde seinen Entschluß in unsorgfältigem Denkverfahren gewonnen hat, denn die Rechtsordnung kann von jedermann verlangen, daß er nicht nur solche Entschlüsse unterläßt, deren inhaltliche Unvereinbarkeit mit den Wertungen des Rechts ihm vor der Seele steht, sondern auch solche, die ohne sich inhaltlich gegen die Rechtsordnung zu richten, nicht so ausgereift waren, wie dies im Rahmen des dem Individuum psychologisch Möglichen hätte geschehen sollen. Indem die Rechtsordnung ein Musterbild für das gesellschaftliche Leben zeichnet, wie es sein soll, erheischt sie von den Einzelnen nicht nur, daß sie sich nach diesem Musterbilde richten, sondern auch, daß sie sich ständig und jeweils bei ihren Entschlüssen innerlich überwachen, um mit diesen nicht von dem Muster abzuweichen. Hat der Handelnde das eine oder andere nicht getan, so bedarf es, damit von Schuld und Vergeltung die Rede sein könne, nur noch der Feststellung, daß es dem Handelnden nach seiner ganzen seelischen Verfassung überhaupt möglich war, sich diesem Doppelimperativ gemäß einzurichten, der Feststellung der Schuldfähigkeit.

Damit sind zwei denkbare Schuldstufen gewonnen: jene erste die sichtlich schwerere, die andere die leichtere Schuld bedeutend. Will der Gesetzgeber also eine grundsätzliche Scheidung innerhalb der Schuld zum Behufe der Differenzierung der Strafe bei sonst gleicher Sachlage vornehmen, so ist diese Scheidung begreiflich, so wie eine andersartige grundsätzliche rationelle Stufung nicht denkbar ist. Ist dagegen der Entschluß des Handelnden weder wegen der inhaltlichen Richtung, die er nimmt, noch wegen seines Entstehungsprozesses zu beanstanden, so ist, mag auch die entschlußverwirklichende Handlung äußerlich eine der Rechtsordnung nicht entsprechende, also eine solche sein, die hätte unterbleiben sollen, von Schuld nicht die Rede.

Nennt man, wie hergebracht, die für die Zwecke schwererer Bestrafung bei sonst gleicher Lagerung der Tat aufgestellte Schuldstufe den *dolus*, die andere die *culpa*, so ist klar, daß die markante Scheidelinie mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gegeben ist; kein *dolus*, wenn die Entschlußrichtung des Täters nicht (mindestens im Sinne des *dolus eventualis*) gegen die Rechtsordnung anlief. An jenem Bewußtsein, und folglich am *dolus*, fehlt es aber ebensowohl demjenigen, der wegen Verkennens der tatsächlichen Lage seine Tat nicht als rechtswidrig erkennt (*error facti*), wie demjenigen, der sie deshalb nicht in ihrem rechtlichen Mißwert erkennt, weil er das von der Rechtsordnung aufgestellte Musterbild selber nicht kennt (*error juris*):



im letzteren wie im ersteren Falle ist die seelische Einstellung des Täters gegenüber der Rechtsordnung wertlich durchaus die gleiche. Bedeutet diese Unkenntnis einen für den Handelnden vermeidbar gewesenen Mangel in der Entschlußbildung, so ist culpa gegeben; wenn nicht, dann Schuldlosigkeit.

Dies in großen Zügen die sachgemäße Schuldauffassung für ein Strafrecht, das alles Unrecht, falls schuldhaft begangen, unter Strafe stellen würde.

Ändert sich nun an dem Schuldbegriff und an der Schuldstufung dadurch etwas, daß aus dem Bereiche des Unrechts nur figurenhaft bestimmte Gruppen herausgehoben, und nur das tatbestandsmäßige rechtswidrige Verhalten für strafbar erklärt wird? Insbesondere: wenn bisher der Entschluß zu einem Verhalten dann und deshalb der schwerere Schuldgrad war, wenn und weil der Entschlußinhalt den Täter bewußt gegen die Rechtsordnung lief, muß oder darf nunmehr derjenige Entschluß als der rechtlich tadelhaftere eingesetzt werden, bei dem der Täter zwar nicht den rechtlichen Mißwert seiner Tat, wohl aber deren Charakter als einen tatbestandsmäßigen erkannt hatte? Daß diese Frage sinnhafterweise sofort zu verneinen ist, liegt auf der Hand. Denn durch Beschränkung der Strafbarkeit auf solches Unrecht, das bestimmten Figuren entspricht, hatte der Gesetzgeber ja keineswegs auf das Erfordernis der Rechtswidrigkeit verzichtet, er hatte nur das nicht den Figuren entsprechende Verhalten, auch wenn rechtswidrig, jenseit der Strafbarkeit gestellt, dagegen das tatbestandsmäßige Verhalten nur unter Fortbestand des Rechtswidrigkeitserfordernisses für strafbar erklärt. Und wenn nun, wie oben <sup>54)</sup> gezeigt, das begriffliche Vorstellungsbild jedes gesetzlichen Tatbestandes als solches frei ist von der Vorstellung rechtlichen Mißwerts solcher Tat, so ist damit die Möglichkeit eröffnet, daß ein Handelnder sein Handeln wohl als z. B. „Beschädigung einer fremden Sache“ erfaßt, aber nicht ahnt, daß es rechtswidrig sei. Wenn in solchen Fällen der täterische Entschluß vom Standpunkt der Rechtsordnung aus bemängelt werden soll, so ist dies nur so denkbar, daß er im Willensbildungsprozeß nicht sorgfältig verfahren ist, und das ist der culpa-Vorwurf; und wäre dem betreffenden Individuum auch insofern nichts zur Last zu legen, so sähe man sich vergeblich danach um, wieso überhaupt noch von Schuld die Rede sein sollte.

Auch für das auf bestimmte typische Verhaltensweisen beschränkte Strafrecht muß also, wenn nicht alle Zwecklogik um-

<sup>54)</sup> S. 155.

geworfen werden soll, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit dolus-Element bleiben, so daß auch hier derjenige, der die Tatbestandsmäßigkeit seiner Handlung kannte, frei von dolus ist, wenn er diese nicht zugleich als rechtswidrig bewertete; und es spielt dabei gar keine Rolle, ob er die tatsächlichen Voraussetzungen des Eingreifens eines Unrechtsausschließungsgrundes fälschlich annahm, oder die rechtliche abstrakte Regelung selber derart verkannte, daß sich ihm sein Handeln als rechtlich einwandfrei darstellte.

Nur das kann in Frage kommen, ob bei einem auf gesetzliche Tatbestände abstellenden Strafrecht der dolus außer dem Element des Unrechtsbewußtseins noch irgend eine Beziehung der Innerlichkeit des Handelnden zu jenen Figuren in sich aufnehmen müsse. Die Frage spaltet sich in folgende Unterfragen:

1. Soll zum dolus ein Vorstellungsbild des Täters erfordert werden, das dem von ihm verwirklichten gesetzlichen Tatbestande entspricht, oder soll es genügen, daß sein Vorstellungsbild zwar nicht diesem, immerhin aber einem anderen gesetzlichen Tatbestande entspricht? Soll also der dolus ein auf diesen speziellen Tatbestand bezogenes Wissen erfordern oder nur ein Bewußtsein der Tatbestandsmäßigkeit überhaupt? Der Täter verwirklicht etwa eine Sachbeschädigung, meint aber eine Körperverletzung zu verüben, da er die Wachfigur im Panoptikum, an der er sich vergreift, für einen Menschen hält, oder umgekehrt: dolus oder nicht?

Dieser Frage läuft natürlich die Vorfrage voran, ob überhaupt irgendwie auf Beziehung der Innerlichkeit des Täters auf die gesetzlichen Tatbestände Rücksicht genommen werden, oder es nicht bei dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit allein sein Bewenden haben soll.

2. Soll, wenn für den dolus ein Tatbestandlichkeitsbewußtsein erfordert wird, dieses dahin verstanden werden, daß sich der Täter die gesetzlichen Tatbestände selber, also jene juristischen abstrakten Figuren, vor Augen gehalten und den gegebenen Sachverhalt als darunter fallend subsumiert hat? Oder soll es genügen, daß sich der Täter die Sachlage als solche so vorgestellt hat, daß der Jurist dieses Vorstellungsbild einem gesetzlichen Tatbestand entsprechend findet? Also z. B. wenn der Täter, der den X erwürgt hat, sich zwar vorgestellt hat, daß er den X erwürgte, aber an die gesetzliche Sonderfigur „Tötung eines Menschen“ nicht gedacht oder sie gar nicht als gesetzlichen Tatbestand gekannt hat, soll dann der schwerere Schuldgrad angenommen werden oder nicht?

Die zu 2) aufgeworfene Frage kann unmöglich im milderen Sinne beantwortet werden. Die gesetzlichen Tatbestände sind so zahlreich, daß selbst der Jurist nicht alle diese Figuren kennt. Gehörte deren Kenntniss zum *dolus*, so würden in der Hauptsache nur Juristen, unter diesen nur Kriminalisten, und auch diese nicht alle *dolus* handeln können. Und wie sollte der Umstand, daß der Täter bei voller Erfassung der rechtlichen Un-erlaubtheit seiner Tat, also sich des Gegensatzes gegen den herrschenden Gemeinschaftswillen bewußt, sich nur nicht in der feineren juristischen Regelung auskannte, ihn irgendwie entlasten können? Insoweit muß also *error juris* gleichgültig sein; es kann sich nicht um Kenntniss der „Tatbestände“, der „Tatbestandsmerkmale“ und ihrer rechtlichen Funktion im Strafgesetz, sondern nur um Kenntniss der den Tatbeständen entsprechenden „Tatumstände“, also der Lebenskonkrete, die in das rechtliche Bild passen, handeln. Würde doch auch, da die gesetzlichen Tatbestände alle nur aus den Strafgesetzen abgelesen werden können, die hier von uns abgelehnte Fassung des „Bewußtseins der Tatbestandlichkeit“ besagen, daß der Handelnde mindestens begonnen haben müsse, seine Tat unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit zu betrachten. Jedes Kennen oder Kennenkönnen der Strafbarkeit der Tat muß aber für die Frage, ob Schuld, und innerhalb ihrer, ob *dolus* gegeben ist, beiseite bleiben. Ist sich jemand darüber klar gewesen, daß er so handelt, wie er nach der Rechtsordnung nicht handeln soll, so vermag ihn der noch so „entschuldbare“ Glaube, sich nicht strafbar zu machen, in keiner Weise in milderem Lichte erscheinen zu lassen. Ein solcher im Glaube an seine Straflosigkeit bewußt rechtswidrig Handelnder spekuliert nur auf eine vermeintliche Schwäche oder Nachsicht des Gesetzes, und wenn er sich verspekuliert hat, so mag er erstaunt sein, aber seine Strafe verdient er womöglich noch mehr als einer, der bewußt das Risiko, dem Strafrichter in die Hände zu fallen, auf sich genommen hat. Also wenn überhaupt der *dolus*-Inhalt durch Mitaufnahme einer auf die Tatbestandsmäßigkeit bezüglichen Vorstellung verengt werden soll, so darf diese Verengerung jedenfalls nur soweit gehen, daß neben dem Unrechtsbewußtsein ein Tatsachenbild in der Seele des Täters verlangt wird, das zwar einem gesetzlichen Tatbestande entspricht, aber nicht vom Täter in dieser begrifflichen Abstraktion erfaßt zu sein braucht.

Ist denn aber überhaupt Veranlassung gegeben, und damit tritt die Frage 1) mit ihrer Vorfrage an uns heran, den *dolus*

durch Einbeziehung des Bewußtseins einer Tatbestandlichkeit einzuengen?

Hier wird der Gesetzgeber zunächst das Eine erwägen, daß er durch Beschränkung der Strafbarkeit auf bestimmte Gruppen rechtswidrigen Verhaltens das jenseits liegende Unrecht als strafrechtlich nicht interessierend beiseite gestellt hat. Wohl bleibt es ihm Unrecht, und der Entschluß, strafloses Unrecht zu tun, bedeutet *dolus*. Aber wenn derartiges Unrecht den Strafgesetzgeber nicht mehr interessiert, so interessiert ihn auch eine hierauf gerichtete Schuld nicht. Läßt der Strafgesetzgeber z. B. das „Gebrauchen fremder Sachen“ aus der Liste der gesetzlichen Tatbestände weg, verzichtet also auf Strafbarkeit derartigen Unrechts, so wird er auch den auf solches Unrecht gerichteten Entschluß nicht als einen so üblen ansehen, wie es der für Auslösung strafrechtlicher Folgen bereitgestellte Schuldbegriff erheischt. So hat es guten Sinn, wenn der strafrechtliche *dolus* beschränkt wird auf Entschlüsse, die nicht bloß auf Begehung eines nichttatbestandsmäßigen Unrechts hinauswollten. Hat dann der mit solchem Entschluß Handelnde tatsächlich doch, ihm unbewußt, eine tatbestandsmäßige Handlung begangen, hat er z. B. eine fremde Sache, die er, wenn auch seines Unrechts bewußt, nur zu gebrauchen glaubte, durch seine Handlung zerstört und damit den gesetzlichen Tatbestand der Sachbeschädigung verwirklicht, so hat er doch keinen strafrechtlichen *dolus* dabei gehabt, könnte einer Schuld vielmehr, wenn überhaupt, dann nur im Sinne einer auf die Sachbeschädigung bezogenen *culpa* geziehen werden.

Auf dem eingeschlagenen Wege fortschreitend, wird der Strafgesetzgeber sich nun weiter klar machen: Ich habe, so wird er sich sagen, die verschiedenen gesetzlichen Tatbestände ja deshalb gebildet, um das ihnen entsprechende Unrecht graduell abzustufen und nach dieser Stufung die Strafdrohungen verschieden hoch einzurichten. Will ich nun, und das will ich ja, einen Handelnden sowenig über das Maß seiner Schuld hinaus wie über den Unrechtswert seiner Tat hinaus strafen, so kann ich mich hinsichtlich der *dolus*-Strafbarkeit nicht damit begnügen, daß der Täter neben dem Unrechtsbewußtsein irgend eine Vorstellung hatte, kraft deren die Handlung irgend einem der gesetzlichen Tatbestände entspricht; denn von dem tatbestandlichen Vorstellungsbilde hängt ja eben auch die größere oder geringere Schwere des *dolus* ab. Wie könnte ich z. B. denjenigen mit der Strafe der vorsätzlichen Tötung belegen wollen, der zwar einen Menschen getötet hat, und beim Abschießen der Waffe wußte, daß er nicht schießen durfte, der seine Handlung



als ein rechtswidriges „Schießen an bewohnten Orten“ erkannt hat, aber doch nicht ahnte, daß er durch seinen Schuß einen Menschen töten werde?

Aber wenn der Gesetzgeber in seinen Gedanken soweit gekommen ist, wird er nunmehr schließen: Also gehört zum strafrechtlichen dolus neben dem Unrechtsbewußtsein die Entschlußrichtung zu einem gesetzlichen Tatbestand hin, der entweder mit dem objektiv verwirklichten identisch oder aber ihm mindestens wertgleich ist. War der Fall so gelagert, so trifft die auf vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestandes x gesetzte Strafdrohung ihrem Sinne nach zu: objektiv ist der Unrechtswert x, und psychisch der entsprechende oder ein höherer Schuldwert gegeben (während im letzteren Falle natürlich die auf die vorsätzliche Verwirklichung des betr. schwereren Tatbestandes gerichtete Strafdrohung deshalb nicht Anwendung finden kann, weil dem höheren Schuldwert nicht auch der entsprechende Unrechtswert zur Seite steht, und die gerechte Vergeltung weder den Unrechtswert noch den Schuldwert übersteigen kann). Eine Nötigung, für den dolus das Bewußtsein gerade des objektiv verwirklichten gesetzlichen Tatbestandes zu fordern, besteht gewiß nicht. Es widerstrebt der Gerechtigkeit in keiner Weise, den Sachbeschädiger nach Maßgabe der auf vorsätzliche Sachbeschädigung gesetzten Strafdrohung zu bestrafen, wenn er seine Sachbeschädigung für eine unerlaubte Körperverletzung gehalten hat<sup>54a)</sup>.

Aber auch dann, wenn der Täter mit dem Unrechtsbewußtsein eine Vorstellung verband, die einem leichteren, als dem von ihm verwirklichten Tatbestande entspricht, wird das Vorhandensein doloser Willensrichtung nicht geleugnet werden können. Der dolus erreicht dann nur nicht den dem Unrechtswert der Tat entsprechenden Grad. Und daraus wird der rationell denkende Gesetzgeber Veranlassung nehmen, in diesem Falle die für die vorsätzliche Verwirklichung des geringeren Tatbestandes geltende Strafdrohung für anwendbar zu erklären: dann erfaßt die Strafe zwar nicht den Unrechtswert der Tat, was ja auch ungerecht wäre, da der Schuldwert nicht so hoch hinaufsteigt, sie erfaßt die Tat aber immerhin in der Höhe des Schuldwerts — quoad summam concurrentem. Wäre also z. B. die vorsätzliche Körperverletzung mit Gefängnis bis 2 Jahr, die vorsätzliche Sachbeschädigung mit Gefängnis zu 1 Jahr bedroht, so würde, wer

<sup>54a)</sup> Auf das im Text behandelte Problem und die Notwendigkeit seiner gesetzlichen Lösung habe ich schon in meiner Schrift „Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf“, S. 50, hingewiesen.

im Glauben eine rechtswidrige Sachbeschädigung zu verüben, eine rechtswidrige Körperverletzung begangen hat, zwar „wegen vorsätzlicher Körperverletzung“, aber mit „Gefängnis bis 1 Jahr“ strafbar.

Es sei gestattet, den im Vorstehenden entwickelten Grundgedanken als den Grundsatz der Äquivalenz oder des stellvertretenden Eintritts von Vorstellungsinhalten beim dolus zu bezeichnen.

So würde der sich selbst recht verstehenden Strafgesetzgeber die Doluslehre behandeln.

Die dogmengeschichtliche Behandlung des Dolus-Begriffs und damit zum Teil die Gesetzgebung, und vor allem die Rechtsprechung, sind ganz abseits dieser Zwecklogik die Wege eines reinen Formalismus gewandelt; sie haben es zustande gebracht, daß heute die Doluslehre verworren ist und, sei es de lege lata, sei es de lege ferenda, viel formale, d. h. aus der Zweckbetrachtung herausfallende und darum komplizierte Lösungen gefunden hat. Es ist lehrreich, sich zu vergegenwärtigen, wie das gekommen ist.

Als sich aus dem Meere des „rechtswidrigen Verhaltens“ mehr und mehr bestimmte Typen herauskrystallisierten, wurde man nicht inne — wie man dessen ja selbst heute noch nicht recht inne geworden ist —, daß das begriffliche Vorstellungsbild dieser Typen als solches die Rechtswidrigkeit nicht einschließt<sup>55)</sup>. Es erschien selbstverständlich, daß, wer wissend eine Menschen-tötung, eine Brandstiftung usw. vollzogen, eben mit und in diesem Wissen auch das Unrechtsbewußtsein getragen habe. War doch auch die Lehre von der Rechtswidrigkeit und ihren Durchbrechungen damals noch in den Kinderschuhen. Man nahm den dolus also an, wenn der Handelnde gewußt hatte, daß er eine solche Rechtswidrigkeit verübte. Und da eben in dem quomodo der Rechtswidrigkeit das einzig Fragliche erblickt, mit seiner Bejahung das Unrecht selber mit bejaht wurde, so konnte es nicht ausbleiben, daß das Unrechtsbewußtsein als solches aus dem Gesichtskreise überhaupt entschwand. Der dolus bestand nun einfach darin, daß der Täter seine Tat als das erfaßt hatte, was sie tatbestandlich war — als Tötung, Sachbeschädigung usw. Als dann allmählich die Einsicht dämmerte, daß doch eben nicht jede Tatbestandsverwirklichung ein rechtswidriges Verhalten bedeutet, war das Erfordernis des Unrechtsbewußtseins so aus dem Gesichtskreise geschwunden, daß man nun einfach lehrte: auf das Unrechtsbewußtsein kommt gar nichts an, wir haben ja längst

<sup>55)</sup> Vgl. oben S. 155.

den dolus dahin formuliert, daß es für ihn nur auf die Erfassung der Tat in ihrer figürlichen Bedeutung ankommt. Dieser sich von aller Zwecklogik ganz entfernenden Betrachtung leistete noch besonderen Vorschub die Ersetzung des Kunstausdrucks dolus durch Worte wie „Vorsatz“, „Absicht“ u. dgl. Damit war auf einmal ein rein psychologisches Moment eingeführt, es war der dolus als Schuldstufe fallen gelassen und die ratio zerschnitten, die überhaupt zur verschiedenartigen Behandlung dolosen und sonstigen schuldhaften Handelns geführt hatte. Jetzt setzte eine rein philologische Sprachklitterung ein. Wenn das Strafgesetz „vorsätzliche Tötung eines Menschen“ mit Strafe bedroht, so kommt es, so sagte man, nur darauf an, ob der Täter „sich vorgesetzt hat, einen Menschen zu töten“.

Das Ergebnis dieser Entwicklung war, daß einesteils jeder als doloser Täter bestraft wurde, dessen Entschlußrichtung auf den betreffenden gesetzlichen Tatbestand ging, mochte er bei seiner Annahme, so handeln zu dürfen, noch so tadelfrei und schuldlos gewesen sein; und daß anderenteils der Vorsatz auf Gedeih und Verderb mit dem objektiv verwirklichten Tatbestand in Verbindung gesetzt wurde, so daß wirklich dolos Handelnde bloß deshalb straffrei ausgingen, weil ihr Vorsatz just zu diesem Tatbestand nicht paßte (also etwa der Sachbeschädiger, der einen Menschen umzubringen gedachte) — das letztere in StGB. § 59 sogar legalisiert.

Kurz, es war ein dolus-Begriff entstanden, bei dem jedes Bewußtsein von der Wertfunktion, für die er geschaffen war, und von der allein er seine Berechtigung ableiten konnte, abhanden gekommen war. Ein vermeintlich extra jus fertiger Begriff, von dem man sich tyrannisieren ließ. Der Scholastizismus, wenn man darunter Bildung der Begriffe ohne Rücksicht auf ihren Zweck versteht, feierte Triumphe.

Während nun bis in unsere Tage hinein der letztgenannte Formalismus so gut wie gar nicht Gegenstand des Nachdenkens geworden ist, regte sich gegen den Satz, daß es auf das Unrechtsbewußtsein nicht ankomme, allmählich — das böse Gewissen. Denn nur so lassen sich die Theorien verstehen, die, die eine so inkonsequent wie die andere dem Unrechtsbewußtsein ein Stück Bedeutung zurückerobern wollen.

Alle diese Theorien beginnen mit der Behauptung, daß StGB. § 59 I mit dem Erfordernis der „Kenntnis der Tatumstände, die zu dem gesetzlichen Tatbestande gehören“, den Vorstellungsinhalt des dolus erschöpfend umreißen wolle, wobei sie nicht nur der ratio nicht nachfragen, die eine solche Bestimmung haben könnte,

sondern nicht einmal den Wortlaut des Gesetzes beachten, der lediglich besagt, daß ohne solche Kenntnis kein dolus da ist, aber nicht, daß nur diese Kenntnis nötig sei. Sie alle suchen aber nun dem Paragraphen etwas abzulisten: das Reichsgericht, indem es künstlich einen „Zivilrechtsirrtum“ einführt und diesen als error facti behandelt; v. Liszt, indem er einesteiis Kenntnis der Tatbestände selber und Subsumtion der Tatumstände unter diese beim Täter verlangt, und anderenteils für diejenigen Strafgesetze, die das Wörtchen „rechtswidrig“ ausdrücklich hervorheben, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als zum dolus erforderlich behandelt, wodurch er das Sinngefüge „Tatbestand“ mit der gesetzlichen Textierung verwechselt; Frank, indem er solche Tatumstände, die einen Unrechtsausschließungsgrund bilden, als Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören, behandelt. Keine dieser Theorien vermag aber begreiflich zu machen, weshalb sie die bona fide Handelnden, die Leute, die gar nichts Arges zu tun gedachten und womöglich sogar nur einer Rechtspflicht zu genügen wähten, unterschiedlich behandelt. So kamen jene wunderlichen, allem Gerechtigkeitsgefühl ins Gesicht schlagenden angeblichen Resultate heraus, die während des Krieges die BRV. vom 18. Januar 1917 zeitigten. Man wurde endlich wenigstens halb und halb inne, daß die Rechtssätze, die die subjektiven Rechte und die Rechtspflichten normieren, eben keine „Strafgesetze“ sind, so daß ihre Unkenntnis keinen „Strafrechtsirrtum“ bedeutet; und daß die Rechtsunkenntnis insofern für die Schuld die gleiche Bedeutung hat, wie die Unkenntnis der die Rechtswidrigkeit bedingenden Tatsachen. Und so müssen endlich auch insofern die Schuppen von den Augen fallen, daß man erkennt: wenn man zugibt, daß der nicht dolos handelt, der die Tatsachen, die die Rechtswidrigkeit konstituieren, nicht kennt, dann beruht dies ja eben nur darauf, daß ihm infolge dieser Unkenntnis sein Tun harmlos vor kam; und damit ist gesagt, daß der gute Glaube als solcher es ist, der den dolus ausschließt, so daß eine aus error juris fließende bona fides erst recht den dolus beseitigt.

So ist die Zeit gekommen, um endlich den Dolus-Begriff gesetzgeberisch in der oben dargelegten zweckgerechten Weise zu fassen, also klipp und klar zu sagen, daß der schwerere Schuldgrad „Vorsatz“ demjenigen fehlt, der, sei es infolge Verkennung der tatsächlichen Sachlage, sei es infolge Unbekanntschaft mit den Rechtsbestimmungen ein reines Rechtsgewissen hatte.

Man wendet hiergegen ein, daß man damit der Rechtsunkenntnis einen Freibrief ausstelle. Aber dabei übersieht man,



daß es sich hier ja nur um Verneinung der schwereren Schuldstufe handelt. Ist die Rechtsunkenntnis derart, daß sie dem Täter zur Last fällt, so bleibt er hängen in den Maschen der Fahrlässigkeitsschuld; der gegen ihn erhobene Vorwurf ist dann der typische der culpa: was du wolltest, war nicht tadelhaft, aber daß du nach mangelhafter seelischer Vorbereitung den Entschluß faßtest, gereicht dir zur Schuld. Der Gesetzgeber brauchte nur diese Rechtsfahrlässigkeit durch die Bank bei allen Tatbeständen unter Strafe zu stellen. Wer hierin einen „Freibrief für Rechtsunkenntnis“ erblickt, der muß auch bei der auf Tatsachenunkenntnis beruhenden Fahrlässigkeit einen „Freibrief für Unaufmerksamkeit“ behaupten. Und wäre der Täter aufs beste bemüht gewesen, sich die Rechtskenntnis zu verschaffen, so daß auch der Willensbildungsprozeß ganz einwandfrei war, und er in das objektiv von ihm begangene Unrecht unentrinnbar hineingetappt ist —, worin bestände denn hier überhaupt seine „Schuld“, geschweige denn deren höherer Grad, der dolus?

Nicht besser steht es mit dem Einwande: bei einem dolus-Begriff, der mala fides als Bewußtsein der Rechtswidrigkeit voraussetze, könne die Strafrechtspflege nicht bestehen; denn dann würden sich gerade die geriebenen Angeklagten das nicht zweimal sagen lassen, sondern mit kecker Stirn Rechtsunkenntnis vorschützen. Dabei wird erstlich übersehen, daß, wenn das Gericht wirklich nicht davon überzeugt ist, daß sich der Angeklagte der Rechtswidrigkeit bewußt war, immer noch in zahlreichen Fällen wegen Fahrlässigkeit zu strafen ist. Sodann aber vornehmlich: wir haben freie Beweiswürdigung, und es heißt doch wohl dem deutschen Richterstande einen Schimpf antun, wenn man meint, er werde auf das plumpe Vorschützen der bona fides prompt hereinfliegen. Jene überschlaun Angeklagten werden meist schon dadurch entlarvt werden können, daß klargestellt wird: sie meinen mit ihrer angeblichen bona fides bloß ihre Unkenntnis des Strafgesetzes, ihren Glauben, straflos Unrecht tun zu können. Es muß natürlich irgendwie ein Anhaltspunkt ersichtlich sein, von wo aus die Möglichkeit sich ergibt, daß tatsächlich der Betreffende nur recht- oder pflichtmäßig zu handeln glaubte. Bei der großen Masse der Rechtsbestimmungen aber ist die Regelung derart, daß auch der Nichtjurist, von Volksmoralanschauung und allgemein vorhandenen Wertmaßstäben ausgehend, das entsprechende Bild in der Seele trägt; das Volk identifiziert ja in der Regel das moralisch Unstatthafte mit dem rechtlich Unstatthafte. Ferner genügt natürlich auch im Punkte des Unrechtsbewußtseins der dolus eventualis. Soll es also

wirklich dem Richter nicht ganz regelmäßig möglich sein, den Angeklagten mit seinem Vorschützen auf den Sand zu setzen? Und wenn man wirklich behaupten will, der Beweis der mala fides sei, weil diese eine in der Vergangenheit liegende innere Tatsache sei, schwierig — ist der Beweis denn insofern schwieriger, als bei der Feststellung der Tatsachenkenntnis oder gar des psychischen Vorgangs beim dolus eventualis, für den ja nötig ist, daß der Richter eine Doppelvorstellung des Täters und dessen „Einwilligung“ in das rechtlich interessierende Moment feststellt?

In Zusammenfassung der bisherigen Ausführungen können wir nun den vom gesetzgeberischen Standpunkt aus exaktem dolus-Begriff dahin bestimmen: dolus ist diejenige Schuldhaftigkeit einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung, die darin besteht, daß sich der Handlungsentschluß inhaltlich auf Herstellung eines Sachverhalts, wie er objektiv einem gesetzlichen Tatbestande entspricht, und auf die Bedeutung der Handlung als einer rechtswidrigen richtet. In dieser Begriffsbestimmung ist der dolus eventualis inbegriffen; auch bei letzterem liegt eine Entschlußrichtung der relevanten Art vor.

Mit den Strafdrohungen wäre dann der dolus derart in Verbindung zu setzen, daß nicht, wie nach StGB. § 59 I, lediglich derjenige dolus in Betracht käme, der dem objektiv verwirklichten Tatbestande entspricht, sondern einmal jeder einem gleich- oder höherwertigem Tatbestande entsprechende dolus gleichsteht, und sodann für die Fälle der Verwirklichung eines höherwertigen Tatbestands mit einem einem leichteren Tatbestande entsprechenden dolus die an den leichteren Tatbestand geknüpfte Strafdrohung für maßgebend erklärt wird.

Will man dann für den dolus den Namen „Vorsatz“ beibehalten, so mag man dies, da dieser Name eingebürgert ist, tun. Nur ist dringend nötig, sich dabei von der psychologischen Bedeutung des Wortes völlig loszulösen. Denn dieser psychologische Vorsatzbegriff ist nahezu oder ganz identisch mit „Absicht“, während es in der Rechtswissenschaft ja heute Gemeingut geworden ist, daß man dolus auch dann haben kann, wenn man es nicht geradezu auf das zu Verwirklichende „abgesehen“ hatte, es vielmehr nur als Mittel für einen jenseits liegenden Zweck, auf den man es abgesehen hatte, gebrauchte. Schwerer noch wiegt, daß der psychologische Vorsatz am letzten Ende gar nichts anderes ist als die auf Etwas gerichtete Willensregung; der Entschluß, etwas zu tun. In diesem Sinne mangelt es am Vorsatz lediglich bei solchem Tun, das gar nicht vom Willen regiert war, bei Tätigkeiten im Schläfe usw. Bei jeder „Hand-

lung“ aber, also bei dem für strafrechtliche Bedeutung in Frage kommenden Tun, ist aber auch irgend ein Entschluß, ein Vorsatz da. In diesem Sinne begeht jeder, auch der fahrlässig und der schuldlos Handelnde, seine Tat „mit Vorsatz“; der Schütze, der auf der Jagd infolge von Unachtsamkeit oder infolge unglücklichen Zufalls einen Menschen erschießt, hat „vorsätzlich das Gewehr abgeschossen“. Der psychologische Vorsatzbegriff ist jedem Inhalte dienstbar. Für den *dolus* kommt es aber eben auf bestimmte Inhalte an, und welches diese seien, kann die Psychologie nicht sagen. Das *dolus*-Problem ist nicht: was ist „Vorsatz“?, sondern: welcher Vorsatz „bedeutet“ vorsätzliche Schuld?

Psychologisch gesprochen, setzt also auch die juristische Fahrlässigkeit einen „Vorsatz“ voraus. Halten wir den psychologischen Begriff „Vorsatz“ fest, so ist die *culpa* zu definieren als diejenige Schuldhaftigkeit einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung, bei der der „Vorsatz“ (= Entschluß) des Handelnden nicht um seines Inhalts willen, sondern deshalb rechtlich anstößig ist, weil er in unsorgfältigem Denkprozeß entstanden war.

Das hiermit umschriebene juristische Vorstellungsbild der Fahrlässigkeit spaltet sich dann noch in die Rechtswidrigkeits-Fahrlässigkeit, die ihrerseits entweder Rechtsfahrlässigkeit<sup>56)</sup> oder einen solchen vermeidbaren tatsächlichen Irrtum ausmacht, der dem Handelnden die Rechtswidrigkeit seines Tuns verschleierte; und in Tatbestandsfahrlässigkeit, bei der ein *error facti* untergelaufen ist, infolgedessen das Vorstellungsbild des Täters nicht mit dem von ihm verwirklichten gesetzlichen Tatbestand harmoniert.

Ihrem Werte nach wird der Gesetzgeber vermutlich die Rechtsfahrlässigkeit schwerer einschätzen als die Tatsachenfahrlässigkeit, und es wäre sehr verständlich, wenn er für jene bei allen gesetzlichen Tatbeständen eine Strafdrohung bereit stellte.

Hinsichtlich der Tatsachenfahrlässigkeit wird rationellerweise mit der Schwerebedeutung der gesetzlichen Tatbestände auch das Strafbedürfnis abnehmen. Je geringer die auf vorsätzliche Begehung der Tatbestände gesetzten Strafdrohungen werden, um so vordringlicher wird die Frage, ob es noch im Staatsinteresse nötig ist, bei fahrlässiger Verwirklichung Vergeltung zu üben. Irrationell und unverständlich erscheint eine Strafgesetzgebung, wie die heutige, die bei kleinen Delikten Fahrlässigkeitsstrafe androht, während schwerere Delikte bei Fahrlässigkeit straflos bleiben.

<sup>56)</sup> Oben S. 169.

f) Die logische Bedeutung der gesetzlichen Tatbestände für Vollendung und Versuch.

Wenn der Gesetzgeber soweit gediehen ist, daß er die einzelnen Strafgesetze herausgearbeitet hat, wird er sich nunmehr rückschauend fragen: Habe ich damit meine Aufgabe gelöst? Was er bisher getan hat, das ist: er hat aus dem Umkreise des rechtswidrigen Verhaltens bestimmte figürliche Gruppen herausgehoben, und einerseits das diesen nicht unterfallende Verhalten straflos gestellt, andererseits jeder jener Gruppen einen bestimmten Wert (im Sinne von Mißwert) beigemessen, und dementsprechend unter weiterer Heranziehung des Schuldwerts bestimmte Strafwerte dazu in Beziehung gesetzt. Er wird nunmehr sein Werk als Ganzes überblicken und prüfen, ob er vollständig und nicht zu weitgehend dasjenige getroffen hat, was ihm eigentlich vorschwebt.

In diesem Zusammenhange tauchen nun die Begriffe Vollendung und Versuch auf.

Mit jedem gesetzlichen Tatbestand ist ein bestimmtes Vorstellungsbild gegeben. Worin die Merkmale jedes solchen Begriffs bestehen sollen, ist freie Schöpfungstat des Gesetzgebers. Er kann, wenn es ihm beliebt, ein bestimmtes Milieu, in das die Handlung hineinfällt, als wesentlich bezeichnen, bestimmte Folgen des Handelns in den Tatbestand aufnehmen, dies oder jenes Merkmal alternativ in den Begriff einstellen usw. Und findet er, seine bisherige Arbeit überblickend, daß an dieser oder jener Figur noch etwas zu ändern sei, daß die Konturen zu verengern, zu erweitern oder sonstwie anders zu ziehen seien, so hindert ihn daran nichts. Aber einmal geprägt, entläßt jeder solche figürliche Begriff ein sachlich scharf umrissenes Vorstellungsbild aus sich, und die so fixierten Vorstellungsbilder sind maßgebend dafür, ob eine konkrete Handlung, ihre Rechtswidrigkeit und Schuld vorausgesetzt, eine strafbare Handlung ist oder nicht: strafbar ist nur diejenige Handlung, die genau dieser oder jener tatbestandlichen Schablone entspricht. Alle übrigen Handlungen bilden, einerlei ob sie mehr oder weniger und was für welche, oder ob sie gar keinen Anknüpfungspunkt mit diesen tatbestandlichen Schablonen aufweisen, den Bereich der nicht strafbaren Handlungen. Denn eben das war ja der Zweck der Aufstellung von festen Tatbeständen, den scharfen Strich zwischen möglicherweise strafbar und jedenfalls straflos zu ziehen.

Denken wir uns ein Strafrecht, das einen einzigen gesetzlichen Tatbestand kennt: mag dieser dann lauten auf „Tötung



eines Menschen“ oder auf „Setzung einer Ursache für den — eingetretenen oder nicht eingetretenen — Tod eines Menschen“ oder auf „nächtliche Tötung eines Menschen“ oder auf „Tötung eines Menschen durch Gift“ usw. —, immer wäre die einzige Frage, auf die sich alles konzentrierte (abgesehen natürlich von der Frage, ob eine rechtswidrige schuldhafte Handlung vorlag), die, ob das Geschehene genau und vollständig diesen Vorstellungsbildern entspreche. Vermehrt sich die Liste der gesetzlichen Tatbestände, so ändert sich damit zwar die Zahl der Verbrechensarten; aber bei jeder von ihnen gibt es nur den einen Gegensatz: „tatbestandsmäßig“, d. i. vollständig der gesetzlichen Figur entsprechend, und „nicht tatbestandsmäßig“, und das Nichttatbestandsmäßige fällt in das Gebiet straflosen Handelns.

Wohin die Tatbestände nicht reichen, da liegt eben ein sofort die Straflosigkeit bedingender „Mangel an Tatbestand“ vor.

Der Gesetzgeber, der sich diese unausweislichen Konsequenzen überlegt, wird daraus gegebenenfalls Veranlassung nehmen, immer noch an den tatbestandlichen Figuren im einzelnen Korrekturen vorzunehmen. Aber er wird sich zweckmäßigerweise fragen, ob nicht sein etwaiger Zweck, die Strafbarkeiten zu erweitern, besser anders erreicht werden kann: ob er nicht, statt jede einzelne Figur daraufhin anzusehen, ob er sie nicht verzeichnet hat, eine allgemeine Bestimmung treffen kann dahingehend, daß auch Handlungen, die nicht genau den Schablonen entsprechen, immerhin aber eine Beziehung zu ihnen aufweisen, als gleichfalls strafbar in das Gesetz einzureihen sind. Was ihm nicht in den Sinn kommen kann, ist natürlich: Einbegreifung von Handlungen, die nach seiner auch jetzt bestehenden Wertung nicht rechtswidrig (oder nicht schuldhaft) sind. Auch jetzt noch handelt es sich darum, die Figuren für Strafbarkeit in den Umkreis der rechtswidrigen Handlungen einzustellen. Aber seinem Grundgedanken, keine anderen als plastisch umrissene Gruppen von Lebensvorkommnissen unter das Strafgesetz zu nehmen, braucht er nicht untreu zu werden; er würde nur genehmigen, daß gewisse Abweichungen von den gesetzlichen Tatbeständen, obwohl die Anwendung des an diese geknüpften Strafgesetzes ausschließend, doch nicht die Straflosigkeit begründen, sondern daß solche dem betr. gesetzlichen Tatbestand nicht genau entsprechenden, doch aber selber wieder figürlich umrissenen Handlungen gleichfalls strafbar sein sollten. Um mit einem Schlage diesen Gedanken zur Ausführung zu bringen, hätte der Gesetzgeber jene Abweichungslinien nicht in diesen oder jenen einzelnen gesetzlichen Tatbestand einzuzeichnen, sondern sie generell als auf alle (oder je nachdem

auf bestimmte Tatbestandsgruppen) bezüglich zu bezeichnen, und die Strafdrohung nicht „absolut“ zu fassen, wie bei den Verbrechenarten, sondern sie blankettmäßig sich der Strafdrohung anschmiegen zu lassen, die sich auf den jeweils als Drehpunkt dienenden gesetzlichen Tatbestand selber bezieht.

Empfindet der Gesetzgeber also das Bedürfnis, den Tatbeständen eine solche tatbestandliche „Erscheinungsform“ hinzuzufügen, um die Strafbarkeit über die exakt tatbestandsmäßigen Handlungen hinaus zu erstrecken, so wird er sich Klarheit darüber zu verschaffen haben, wie beschaffen das Mittelgebiet zwischen den ganz und gar tatbestandsmäßigen und denjenigen Verhaltensweisen ist, die gar keine Beziehung zu den Tatbeständen aufweisen. Die letzteren, bei denen es vollständig am Tatbestand mangelt, könnte der Gesetzgeber ja nur daraufhin mustern, ob er neue gesetzliche Tatbestände aus ihnen formt. Um sich jenes Mittelgebiet des teilweisen Mangels am Tatbestand zu veranschaulichen, wird nun der Gesetzgeber von dem Inhalt der einzelnen Tatbestandsfiguren ganz abzusehen haben; denn wollte man z. B. für den Tatbestand der „Tötung eines Menschen“ feststellen, wie die Handlungen aussehen, die auf ihn Beziehung haben, ohne ihn doch ganz zu erfüllen, so würde, da die gedankliche Schichtung der verschiedenen Tatbestände verschieden sein kann, kein einheitlich erschöpfendes Bild gewonnen sein. Es muß vielmehr die gedankliche Schichtung, die die gesetzlichen Tatbestände, welchen Inhalts sie im einzelnen seien, denkbarerweise haben können, zum Ausgangspunkte genommen werden. In diesem Sinne kann nun eine Formung des gesetzlichen Tatbestandes, also die Heraushebung einer bestimmten Figur menschlichen Verhaltens, derart gegeben sein, daß

a) die Art und Weise des Verhaltens selber das charakteristische Moment abgibt, z. B. „Gestikulieren“, „Aussprechen eines bestimmten Wortes“;

oder b) das Verhalten durch ein von ihm bedingtes nachfolgendes Ereignis seine tatbestandliche Färbung erhält, z. B. „Töten“ (möglich natürlich auch in Kombination mit a, z. B. „Schreien mit dadurch herbeigeführtem Ärgernis“);

c) es können ferner die Beziehungen des Verhaltens zu dem persönlichen, zeitlichen, örtlichen oder gegenständlichen Milieu mit charakteristisch sein, z. B. der Tatbestand (einerlei ob nach a oder nach b geformt) ist beschränkt auf einen Beamten als Täter oder auf Begehung zur Kriegszeit oder auf öffentliche Verübung oder auf Verübung mittels einer Waffe.

Danach ist klargelegt, daß der „teilweise Mangel am Tatbestand“ an sehr Verschiedenem liegen kann. Soll überhaupt, wie wir hier ja voraussetzen, eine Handlung in irgend einer Hinsicht dem in Betracht kommenden Tatbestande entsprechen, und nur eben nicht ganz, so ist das nur entweder so denkbar, daß sie zwar im Sinne von a oder b so geartet ist, wie es der Tatbestand umreißt, ihr aber die nach c im Tatbestand als charakteristisch genannte Beziehung abgeht, sie also z. B. nicht von einem Beamten oder nicht zur Kriegszeit usw. geschehen ist; oder so, daß die Handlung „noch nicht“ das Tatbestandsende erreicht hat, sei es, daß es nur eine Handlung ist, die, wenn man sich das Tatbestandsbild anschaulich vor Augen stellt, noch vor Eintritt in die Tatbestandsverwirklichung liegt, wenschon objektiv als deren Vorläufer erscheinend, sei es, daß schon die Tatbestandsverwirklichung als begonnen erscheint, aber entweder der Fortgang nicht der war, daß das Verhalten schon als abgeschlossenes tatbestandsgemäßes erscheint, oder im Falle b es nicht bis zur Hervorrufung der tatbestandlichen Folge vorgeschritten ist.

In denjenigen Fällen nun, wo es sich um das „noch nicht“ tatbestandsmäßig handelt, kann der Gesetzgeber sehr wohl an seine bisherige Regelung eine solche, die durch allgemeine Formel die Strafbarkeit über die Volltatbestandsmäßigkeit hinaus erweitert, anschließen. Das Vorstellungsbild, das uns jeder gesetzliche Tatbestand vor Augen stellt, trifft zwar nur zu, wenn das in Rede stehende Verhalten jenem ganz entspricht. Aber dieses Verhalten ist nicht als ein momentanes tatbestandlich, es entwickelt sich von einem ersten Schritt, der einesteils schon das tatbestandliche Gepräge an sich trägt — schon als „Handlung“, die das z. B. der „Tötung eines Menschen“ charakteristische Moment aufweist —, erst so zur „Tatbestandsmäßigkeit“ hin, daß der Fortgang, sei es des Verhaltens selber (a), sei es das jenseits des Verhaltens selber liegende Geschehen (b) das tatbestandliche Vorstellungsbild ganz aufkommen läßt. Und deshalb läßt sich nun auch das tatbestandlich noch unfertige Verhalten als ein „Teil“-Begriff gut erfassen. Das Vorstellungsbild dabei ist ein einheitlich geschlossenes und verwendbar für Tatbestände aller Art. Es hat auch guten Sinn, wenn der Gesetzgeber das zwar noch nicht in meta, doch auch schon in itinere befindliche und insofern auch schon, wenn auch nicht fertig, „tatbestandsartige“ Verhalten grundsätzlich vermittelt eines allgemeinen Zusatzes zu den Einzelstrafgesetzen der Strafbarkeit zuführt. Denn einmal fällt das tatbestandliche Anfangen nirgends aus der Rechtswidrigkeit heraus; sodann besteht eine deutlich

erkennbare Wertrelation immer zwischen Teil- und Vollwirklichung eines identischen gesetzlichen Tatbestands, während das Vorstellungsbild der Teilverwirklichung irgend eines Tatbestandes wertlich so unbestimmt ist, daß es unmöglich ist, ihm in rationeller Weise eine Stellung innerhalb der Tatbestände selber anzuweisen, also eine besondere Verbrechenart mit absoluter Strafdrohung dafür zu bilden. So gelangt man zu der Figur einer Erscheinungsform, für die sich ungerufen der Name des „unvollendeten“ Delikts, des „Versuchs“ einstellt. Er umfaßt dasjenige Verhalten, das schon tatbestandsartig, nur noch nicht fertig tatbestandsmäßig ist.

Unterhalb des Versuchs bleiben Handlungen, die noch nicht einmal tatbestandsartig beschaffen, noch nicht versuchsmäßig, doch aber insofern tatbestandsbezogen sind, als sie das Gepräge von Tatbestandsverwirklichungs-Vorhandlungen haben. Auch diesen ist in ihrer Eigenschaft als für Verwirklichung des Tatbestandes förderlichem Verhalten der Charakter des Rechtswidrigen nicht abzusprechen, und auch bei ihnen trifft eine entsprechende Betrachtung wie für den Versuch zu, nur daß ihr Unrechtswert stets relativ geringer ist als der des zugehörigen Versuchs und erst recht der der betr. Vollendung. Es hätte sehr wohl Sinn, wenn der Gesetzgeber auch eine Erscheinungsform der „Vorbereitungshandlung“ herausarbeitete. Er wird dies unterlassen, wenn er diese nicht grundsätzlich als wertlich so bedeutsam erachtet, um sie in den Bereich der Strafbarkeit hereinzuziehen.

Im Gegensatz zu den Fällen, in denen das „noch nicht“ im Hinblick auf das tatbestandliche Vorstellungsbild der Grund war, weshalb eine Handlung einen teilweisen „Mangel an Tatbestand“ aufwies, in denen also das Fehlen nur dadurch bedingt war, daß ein gedanklich auf den Tatbestand beziehbarer Entwicklungsanfang nichts weiteres hinter sich hatte, entziehen sich die übrigen Fälle teilweisen Tatbestandsmangels einer ähnlichen strafbarkeitserweiternden Allgemeinregelung. Es sind dies die Fälle, in denen es der Handlung an einer der unter c genannten Milieubeziehungen gebricht. Solche Milieubeziehungen sind, anders als die innere tatbestandliche Entwicklung, immer nur Charakteristika des einen oder anderen Tatbestandes. Und soweit sie einem Tatbestande als Charakteristika einverleibt sind, ist dies ja gerade zu dem Zwecke geschehen, um die nicht in das charakteristische Milieu fallenden Handlungen auszuschließen. Der Gesetzgeber, der versuchen wollte, einen Allgemeinbegriff entsprechend dem des Versuchs im obigen Sinne aufzustellen,



um die Strafbarkeit in dieses Gebiet von Tatbestandsmangel hinein zu erstrecken, würde sich bald überzeugen, daß er dies nicht kann, ohne sein Prinzip der Begrenzung der Strafbarkeit auf bestimmte, scharf umrissene Verhaltensweisen umzustürzen. Denn jene allgemeine Formel könnte nur in dem Sinne aufgestellt werden:

Strafbar nach Maßgabe der an einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand angeschlossenen Strafdrohung (sei es genau so, sei es in irgend einer rechnerischen Proportion) ist auch derjenige, dessen Handlung irgend einer der im Tatbestande angeführten Beziehungen ermangelt.

Damit würde aber, bei Lichte gesehen, der Gesetzgeber die von ihm als erforderlich in den Tatbestand eingesetzte Beziehung wieder herausnehmen. Er hätte z. B. gesagt: „ein Beamter, der...“; und würde nun sagen: „auch der Nichtbeamte, der...“; er hätte erst gesagt: „wer zur Kriegszeit...“, und sagt jetzt: es kommt nicht darauf an, ob zur Kriegszeit; er hätte erst gesagt: „wer eine fremde Sache...“; und sagt nun: es kann auch eine eigene Sache sein; genug: er würde sich überzeugen müssen, daß er einfach die gesetzlichen Tatbestände selber so formulieren muß, daß sie beiden Alternativen genügen, wenn anders er wirklich die im erstmals ausgeprägten Tatbestand erforderte Milieubeziehung als nicht erforderlich erkennt. Und sollte er im Grade der Strafdrohung einen Unterschied machen wollen, so hätte er einfach zwei Tatbestände aufzustellen. Aber in der Mehrzahl der Fälle würde der Gesetzgeber, wenn er die Folgen jener allgemeinen Formel bedenkt, auf das Eindringlichste erkennen, daß ihm gar kein Tatbestandsförmelungsversehen untergelaufen ist, sondern das Fehlen der betr. Milieubeziehungen eben gerade Strafbarkeit im Sinne dieses Tatbestands ausschließen sollte, jene allgemeine Formel also mit seinem Vorhaben im direkten Widerspruch stände. Dies z. B. bei Diebstahl: es sollte diesem die Wegnahme einer fremden Sache so charakteristisch sein, daß es gerade widersinnig wäre, nun auch die Wegnahme einer eigenen Sache hier so anzugliedern, als wäre sie auch etwas diebstahlsmäßiges.

Dazu kommt, daß diese Beziehungen in widestem Umfang eben deshalb vom Gesetzgeber als tatbeständlich erforderlich genannt sind, weil ohne sie die sonst gleichartige Verhaltensweise nicht einmal rechtswidrig oder mindestens nicht in der dem betr. Tatbestande charakteristischen Hinsicht rechtswidrig wäre, wie z. B. die Wegnahme einer eigenen Sache keine im Hinblick auf

die Eigentumsordnung rechtswidrige, somit keine im Sinne des Diebstahlstatbestandes rechtswidrige ist.

Es gäbe also nur einen zweckmäßigen Weg für den Gesetzgeber: wo er in einem Tatbestand eine Milieubeziehung eingestellt hat, und er Strafbarkeit des diese Beziehung nicht an sich tragenden, sonst gleichartigen Verhaltens wünscht, da hat er eben einen weiteren gesetzlichen Tatbestand herauszuarbeiten.

Gar keine Rolle würde dabei spielen, ob etwa der Täter das tatbestandliche Bild so angesehen hat, als ob die in Wahrheit nicht vorliegende Milieubeziehung gegeben sei, er, der in Wahrheit Nichtbeamte, „Beamter“ sei, statt tiefsten Friedens Kriegszeit sei, er statt seiner eigenen Sache eine fremde vor sich habe usw. Denn sobald nicht mehr das objektive tatbestandliche Bild maßgebend wäre, würde der Gesetzgeber sein ganzes wohlausgedachtes Wertungssystem über den Haufen werfen. Es ist ja keineswegs das Verschulden, das — bei aller seiner hohen Bedeutung — das bei der Aufstellung und Gradstufung der Verbrechenarten dem Gesetzgeber die Hand geleitet hat, sondern die primär objektive Bedeutung des Verhaltens als Unrecht und als so oder so tatbestandsmäßiges Unrecht. An der Stelle im Wertsystem, wo der Diebstahl steht, kann nicht zugleich die Wegnahme eigener Sachen stehen; ja sie fällt sogar aus dem objektiven Wertsystem vollständig heraus, wenn sie nicht in irgend einer anderen als der charakteristischen Diebstahlsart immerhin noch eines Tatbestandes für wert erachtet würde, oder, weil rechtlich gar nicht beanstandbar, in dies System der rechtlichen Mißwerte überhaupt nicht einbezogen werden konnte.

Die ganze Plan- und Ziellosigkeit einer Gesetzgebung, die nach prinzipiellem Aufbau des Strafrechts nach den Gesichtspunkten der Rechtswidrigkeit und der Tatbestandsmäßigkeit auf einmal eine nicht tatbestandsmäßige Handlung schlankweg deshalb als strafbar mit einreichte, weil der Täter sie irrtümlich so angesehen hätte, als wäre sie tatbestandsmäßig, würde darin unverhüllt zutage treten, daß dann nicht bloß der „teilweise Mangel am Tatbestand“, sondern auch der vollständige Mangel am Tatbestand und obendrein die vollständige Rechtmäßigkeit der Handlung kein Hindernis der Bestrafung bildeten. Es wären nunmehr erlaubte Handlungen jeder Art möglicherweise strafbar, bloß weil bei ihrer Vornahme der Täter ein übles Wollen leitete, d. h. die Strafbarkeit träfe nicht mehr den Täter wegen seiner Tat, sondern wegen seiner Seelenregung als solchen. Will der Gesetzgeber diesen Schritt tun, und damit zu der Verquickung von Recht und Moral entgegen aller kulturell

herausgearbeiteten Scheidung zurückkehren, wie sie der „I. Quisquis“ anhaftet, dann mag er das tun; aber er soll sich dann dieses gewaltigen Bruchs mit der allgemeinen Rechtsanschauung und Rechtsentwicklung bewußt sein, und namentlich die Strafgesetze fortan nicht irreführend so formulieren, als käme es bei ihnen auf Rechtswidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit überhaupt noch an. Es dürfte nicht mehr heißen: wer „einen Menschen tötet“, wird bestraft; sondern: das Vorhaben, einen Menschen zu töten, wird bestraft, und die Verwirklichung oder Nichtverwirklichung des Vorhabens könnte konsequenterweise nicht einmal für die Höhe der Strafe ins Gewicht fallen. Ob dieses Vorhaben durch Selbstverrat, durch Verrat eingeweihter Genossen, oder schließlich durch eine Handlung, die, an sich gänzlich harmlos, als Erkenntnismittel jenes Vorhaben beleuchtet, „manifestiert“ worden wäre, müßte dabei wertlich gleichgültig sein. Ein „Strafrecht“ wäre das freilich kaum noch zu nennen — in dem „punitur postquam peccatum est“ bedeutet ja peccatum juristisch nicht den sündhaften Gedanken, sondern die rechtswidrige Tat. Und ein Strafrecht vollends, das grundsätzlich die Vorbereitungshandlungen als nicht schlimm genug jenseit der Strafbarkeit gestellt hätte, würde durch Einbeziehung der schlechterdings nicht tatbestandsmäßigen Handlungen eine böse Unklarheit im wertenden Denken offenbaren; denn wenn nicht einmal jene, die doch objektiv schon etwas zu bedeuten haben, und zudem die „schwarze Seele des Täters“ beleuchten, für so schwer erachtet worden sind, um gestraft zu werden, wie soll es sich damit reimen, daß Handlungen, denen man objektiv mit voller Gelassenheit zusehen kann, bloß um des schlimmen Gedankens halber gestraft werden?

Wer sich klar vor Augen hält, daß der Plan, eine strafbare Handlung zu begehen, etwas anderes ist, als die strafbare Handlung selbst, und daß der Plan nicht dadurch zu einer strafbaren Handlung wird, daß der Täter etwas tut, was er für eine strafbare Handlung hält, was aber tatsächlich diese Bedeutung nicht hat, wird sich auch durch das Paradeargument der Subjektivisten nicht blenden lassen: daß das Recht doch unmöglich in solchen Fällen passiv bleiben könne. Denn die Strafe als sinnlos hier fallen zu lassen, ist nicht dasselbe, wie „passiv bleiben“; es ist vielmehr mit Händen zu greifen, daß hier Vorkehrungen am Platze sind, um dem Planenden die Ausführung seines Planes nach Kräften zu verleiden oder unmöglich zu machen. Dazu ist aber einesteils die Strafe nicht einmal sehr geeignet, man wird oft viel drastischer zugreifen müssen; und wie wenig

andererseits die Strafe, und gar der „Versuchs“-Begriff mit solchem Sicherungszwang zu tun hat, erhellt daraus, daß die Bekämpfung verbrecherischer Pläne selbstverständlich auch dann einzusetzen hat, wenn der böse Plan auf andere Weise als durch vermeintliche Planausführung sichtbar hervorgetreten ist, also auch bei Vorbereitungshandlungen, bei Verratenwerden durch solche, die in den Plan eingeweiht waren, oder durch Selbstverrat; denn wer wollte verkennen, daß die vermeintliche Planausführung eigentlich nur ein konkludenter Selbstverrat ist, und wer wollte einestheils diesen Charakter den Vorbereitungshandlungen absprechen, und anderenteils den direkten Selbstverrat, die Mitteilung des Planes an andere, als minder ernst zu nehmenden Vorgang einschätzen, wenn es nur darauf ankommt, sichernde Vorkehrungen zu treffen?

Damit ist die rationelle Grundlage für die Behandlung des sog. absolut untauglichen Versuchs gewonnen.

1. Es hat Sinn, wenn der Gesetzgeber von dem Erfordernis der „Tatbestandsmäßigkeit“ so viel nachläßt, daß er — sub titulo „Versuch“ — auch die anfangsweise Verwirklichung des Tatbestands in die Strafbarkeit einbegreift. Ein solcher „Anfang der Ausführung“ liegt aber allemal und nur dann vor, wenn sie im Fortgang zum Tatbestandsende führen, sich also zur vollen Tatbestandsverwirklichung auswachsen kann. Man hat sich einen Zuschauer zu denken, dem zwar, wie allen Menschen, der Blick in die Zukunft verschleiert ist, der aber die gegenwärtige Sachlage richtig und vollständig kennt. Wenn ein solcher fiktiver Zuschauer die Besorgnis hegen würde, die Handlung könne erfahrungsgemäß bis zu dem Tatbestandsende fortschreiten, dann ist Versuch gegeben; dann ist ja auch die Handlung rechtswidrig, würde doch kein Zweifel daran bestehen, daß ein Polizeibeamter sie verhindern müßte, daß Notwehr gegen sie statthaft ist usw.

In den so gezogenen Rahmen fallen aber auch manche Handlungen hinein, die mitunter als Beispiele „absolut untauglichen“ Versuchs aufgeführt werden. Es kommt nämlich offenbar nicht darauf an, ob sich die Tatbestandsverwirklichung genau so konkretisiert, wie sie sich der Täter dachte, sondern ob sie sich überhaupt vollziehen konnte. Der viel angeführte „Schuß auf eine Leiche“ z. B. kann sehr wohl Tötungsversuch sein, wenn nämlich vom Täter gesehen oder nicht gesehen ein lebender Mensch da war, der im Augenblick des Schießens vom Standpunkt des fiktiven Zuschauers aus getroffen werden konnte; an ihm konnte sich die Tatbestandsverwirklichung vollziehen, und deshalb mangelt es nicht am Versuch. Befand sich freilich nur



die Leiche im Umkreis der möglichen Schußwirkung, dann fehlt es am Tötungsversuch.

2. Derartige Fälle nun, wie den letztgenannten, in den Versuchsbegriff einzubeziehen, hat keinen Sinn. Sie charakterisieren sich (vorbehaltlich nur der alsbald noch zu beleuchtenden Möglichkeit, daß sie einem Tatbestande *sui generis* entsprechen) dadurch, daß jeder vernünftige Mensch, der ihnen in Kenntnis der Gegenwartssachlage zuschaut, sie ruhig gewähren läßt. Wenn ein Blinder in einer Steinwüste ein Streichholz an einen Felsen hält in der Meinung, er zünde ein Gebäude an, während weit und breit nichts ist, was Feuer fangen könnte, wer wollte behaupten, daß solches Tun der Rechtsordnung mißfällig, daß es rechtswidrig wäre, daß die Polizei dagegen aufgeboten werden müsse, um es zu verhindern? Der die Sachlage kennende vernünftige Zuschauer wird oft genug sogar zu äußerster Heiterkeit veranlaßt sein, wenn er z. B. sieht, wie sich x, auf einen Schwindel hereingefallen, ernstlichst und vergeblich abzappelt. Ja sogar: diese Handlungen sind oft genug nicht etwa nur rechtlich gleichgültig, sondern sogar höchst erfreulich. Das vermeintliche Gift, mit dem X den Y töten will, ist z. B. gerade eine Arznei, die den Y von einem Leiden heilt. Wo wäre der vernünftige Mensch zu finden, der hier dem X bei seinem Beginnen in den Arm fiele? Wo wäre ein Jurist aufzutreiben, der es noch wagte, solches Verhalten als rechtswidrig zu bezeichnen, als einen „Versuch der Tötung“, als „Anfang der Verwirklichung des Tatbestandes Tötung eines Menschen“? Der vernünftige Mensch wird sich dabei vielmehr sicher veranlaßt fühlen, selber mitzuhelfen; und wenn er das tut, dann soll er „Gehilfe bei einem Mordversuch“ sein? Es genügt natürlich nicht, ihn deshalb freizusprechen, weil er nicht den *dolus* gehabt habe; es wäre überhaupt widersinnig zu behaupten, daß er objektiv Gehilfe bei einem „Mordversuch“ gewesen wäre. Von „Tatbestandsmäßigkeit“ ist hier so wenig die Rede, daß man vielmehr umgekehrt vom kontradiktorischen Gegenteil, von *Tatbestandswidrigkeit* sprechen muß. Eine Heilhandlung ist eben der Tötungshandlung schroff entgegengesetzt.

Zu 2 ist also zusammenfassend zu sagen: ein Verhalten, von dem der die derzeitige Sachlage kennende Beobachter dessen gewiß ist, daß die weitere Entwicklung der Ereignisse nicht zu dem Tatbestandsende führen kann, kann niemals so unter Strafe gestellt werden, als ob es den betr. Tatbestand immerhin einigermaßen verwirkliche, ist vielmehr, an diesem Tatbestand gemessen, nicht einmal rechtswidrig.

andererseits die Strafe, und gar der „Versuchs“-Begriff mit solchem Sicherungszwang zu tun hat, erhellt daraus, daß die Bekämpfung verbrecherischer Pläne selbstverständlich auch dann einzusetzen hat, wenn der böse Plan auf andere Weise als durch vermeintliche Planausführung sichtbar hervorgetreten ist, also auch bei Vorbereitungshandlungen, bei Verratenwerden durch solche, die in den Plan eingeweiht waren, oder durch Selbstverrat; denn wer wollte verkennen, daß die vermeintliche Planausführung eigentlich nur ein konkludenter Selbstverrat ist, und wer wollte einestheils diesen Charakter den Vorbereitungshandlungen absprechen, und anderenteils den direkten Selbstverrat, die Mitteilung des Planes an andere, als minder ernst zu nehmenden Vorgang einschätzen, wenn es nur darauf ankommt, sichernde Vorkehrungen zu treffen?

Damit ist die rationelle Grundlage für die Behandlung des sog. absolut untauglichen Versuchs gewonnen.

1. Es hat Sinn, wenn der Gesetzgeber von dem Erfordernis der „Tatbestandsmäßigkeit“ so viel nachläßt, daß er — sub titulo „Versuch“ — auch die anfangsweise Verwirklichung des Tatbestands in die Strafbarkeit einbegreift. Ein solcher „Anfang der Ausführung“ liegt aber allemal und nur dann vor, wenn sie im Fortgang zum Tatbestandsende führen, sich also zur vollen Tatbestandsverwirklichung auswachsen kann. Man hat sich einen Zuschauer zu denken, dem zwar, wie allen Menschen, der Blick in die Zukunft verschleiert ist, der aber die gegenwärtige Sachlage richtig und vollständig kennt. Wenn ein solcher fiktiver Zuschauer die Besorgnis hegen würde, die Handlung könne erfahrungsgemäß bis zu dem Tatbestandsende fortschreiten, dann ist Versuch gegeben; dann ist ja auch die Handlung rechtswidrig, würde doch kein Zweifel daran bestehen, daß ein Polizeibeamter sie verhindern müßte, daß Notwehr gegen sie statthaft ist usw.

In den so gezogenen Rahmen fallen aber auch manche Handlungen hinein, die mitunter als Beispiele „absolut untauglichen“ Versuchs aufgeführt werden. Es kommt nämlich offenbar nicht darauf an, ob sich die Tatbestandsverwirklichung genau so konkretisiert, wie sie sich der Täter dachte, sondern ob sie sich überhaupt vollziehen konnte. Der viel angeführte „Schuß auf eine Leiche“ z. B. kann sehr wohl Tötungsversuch sein, wenn nämlich vom Täter gesehen oder nicht gesehen ein lebender Mensch da war, der im Augenblick des Schießens vom Standpunkt des fiktiven Zuschauers aus getroffen werden konnte; an ihm konnte sich die Tatbestandsverwirklichung vollziehen, und deshalb mangelt es nicht am Versuch. Befand sich freilich nur

die Leiche im Umkreis der möglichen Schußwirkung, dann fehlt es am Tötungsversuch.

2. Derartige Fälle nun, wie den letztgenannten, in den Versuchsbegriff einzubeziehen, hat keinen Sinn. Sie charakterisieren sich (vorbehaltlich nur der alsbald noch zu beleuchtenden Möglichkeit, daß sie einem Tatbestande *sui generis* entsprechen) dadurch, daß jeder vernünftige Mensch, der ihnen in Kenntnis der Gegenwartssachlage zuschaut, sie ruhig gewähren läßt. Wenn ein Blinder in einer Steinwüste ein Streichholz an einen Felsen hält in der Meinung, er zünde ein Gebäude an, während weit und breit nichts ist, was Feuer fangen könnte, wer wollte behaupten, daß solches Tun der Rechtsordnung mißfällig, daß es rechtswidrig wäre, daß die Polizei dagegen aufgeboten werden müsse, um es zu verhindern? Der die Sachlage kennende vernünftige Zuschauer wird oft genug sogar zu äußerster Heiterkeit veranlaßt sein, wenn er z. B. sieht, wie sich x, auf einen Schwindel hereingefallen, ernstlichst und vergeblich abzappelt. Ja sogar: diese Handlungen sind oft genug nicht etwa nur rechtlich gleichgültig, sondern sogar höchst erfreulich. Das vermeintliche Gift, mit dem X den Y töten will, ist z. B. gerade eine Arznei, die den Y von einem Leiden heilt. Wo wäre der vernünftige Mensch zu finden, der hier dem X bei seinem Beginnen in den Arm fiele? Wo wäre ein Jurist aufzutreiben, der es noch wagte, solches Verhalten als rechtswidrig zu bezeichnen, als einen „Versuch der Tötung“, als „Anfang der Verwirklichung des Tatbestandes Tötung eines Menschen“? Der vernünftige Mensch wird sich dabei vielmehr sicher veranlaßt fühlen, selber mitzuhelfen; und wenn er das tut, dann soll er „Gehilfe bei einem Mordversuch“ sein? Es genügt natürlich nicht, ihn deshalb freizusprechen, weil er nicht den *dolus* gehabt habe; es wäre überhaupt widersinnig zu behaupten, daß er objektiv Gehilfe bei einem „Mordversuch“ gewesen wäre. Von „Tatbestandsmäßigkeit“ ist hier so wenig die Rede, daß man vielmehr umgekehrt vom kontradiktorischen Gegenteil, von *Tatbestandswidrigkeit* sprechen muß. Eine Heilhandlung ist eben der Tötungshandlung schroff entgegengesetzt.

Zu 2 ist also zusammenfassend zu sagen: ein Verhalten, von dem der die derzeitige Sachlage kennende Beobachter dessen gewiß ist, daß die weitere Entwicklung der Ereignisse nicht zu dem Tatbestandsende führen kann, kann niemals so unter Strafe gestellt werden, als ob es den betr. Tatbestand immerhin einigermaßen verwirkliche, ist vielmehr, an diesem Tatbestand gemessen, nicht einmal rechtswidrig.

3. Nun wird gewiß nicht zu verkennen sein, daß empirische Menschen bei einem Vorfall der zu 2 geschilderten Art zugegen gewesen sein können, die, weil nicht auf der Höhe des „fiktiven“ wissenden Zuschauers stehend, eben die Sachlage nicht kannten und die deshalb dem Treiben des Täters mit Besorgnis und Unruhe zusahen. Allein dadurch wird von den vorigen Erwägungen nichts abgebrochen, sondern dem Gesetzgeber ein neues selbstständiges Problem aufgezeigt. Der Versuchsbegriff ist nämlich durchaus relativ, er ist immer nur in Beziehung auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand erfaßbar. Nun kann ein Verhalten, das, auf den Tatbestand  $x$  bezogen, kein Versuch ist, doch den Tatbestand  $y$  erfüllen (oder ein Versuch von  $y$ ) sein: Das Losknallen einer ungeladenen Schußwaffe kann, sowenig es ein Tötungsversuch ist, ein ruhestörender Lärm sein. In diesem Sinne kann ein jeder „Nichtversuch“, also ein Verhalten, das an einen bestimmten Tatbestande  $x$  gemessen, kein Versuch ist, doch insofern als rechtswidrig erscheinen, als es Beunruhigung erzeugt oder zu erzeugen geeignet ist; und wenn und soweit dies dem Gesetzgeber wichtig erscheint, braucht er nur den Tatbestand der „Bedrohung“ so auszubauen, daß er diese Seite des sog. absolut untauglichen Versuchs erfaßt. Dann entgeht er dem Fluch der möglicherweise bis zur Lächerlichkeit gesteigerten Sinnlosigkeit, die sich einstellt, wenn man den, der seine eigene Sache an sich genommen hat, aus dem Diebstahlsgesetz oder gar den Gesundheits- und Lebensretter ausgerechnet aus dem Mordparagraphen heraus strafen will, und wird auf der anderen Seite dem Umstande gerecht, daß die Tat noch eine andere rechtlich bedeutsame Seite aufweist. Selbstverständlich würden bei solcher sachgemäßen Behandlung einesteils alle Fälle ausscheiden, in denen eben niemand in Angst versetzt wurde, und anderenteils der neue Tatbestand das geschlossene objektive Vorstellungsbild der Erregung von Furcht bedeuten und dabei ganz gleichgültig sein, ob dies durch „absolut untauglichen Versuch“ oder sonstwie zu Werke gebracht worden wäre.

4. Außerhalb des Strafrechts würden schließlich die Vorkehrungsmaßregeln zu normieren sein, bestimmt dazu, dem Verüber von „absolut untauglichem Versuch“ das Handwerk zu legen, ihm also die Möglichkeit einer nunmehr tauglichen Ausführung seines Planes zu nehmen.

Damit wäre eine Regelung erzielt, die das Praktische mit dem Logischen verbindet. Die leidigen Meinungskämpfe in der Versuchslehre haben ihren Quell sichtlich darin, daß das Problem so oft falsch gestellt worden ist: als gelte es ausfindig zu machen,



was der Versuch begrifflich „sei“, um dann die Konsequenzen zu ziehen, während es sich darum handelt, aus der Zentralidee des Strafrechts heraus zu bestimmen, was danach der Versuchsbegriff leisten „soll“, erst die Funktion zu bestimmen, und dann die begriffliche Festlegung vorzunehmen. Den Höhepunkt erreicht jenes methodisch verfehlte Verfahren dann, wenn man, wie dies bisweilen von Subjektivisten geschehen, den Versuchsbegriff vom Standpunkt des Individuums aus bestimmen will, als ob damit, was dieses sich bei seinem Handeln denkt, der Rechtsbegriff des Versuchs ohne weiteres gegeben sei. Alle Erörterungen, die den Versuchsbegriff ohne Rücksicht auf den Sinn- und Zweckzusammenhang der Strafrechtsordnung, als priori gegeben, behandeln, müssen notwendig in einen Streit ohne Ende auslaufen; mit kognitiver Logik ist dem Begriff eben nicht beizukommen. Wenn umgekehrt die Subjektivisten den praktischen Gedanken betonen, daß man unmöglich von Rechts wegen über den absolut untauglichen Versuch schweigend zur Tagesordnung übergehen könne, so haben sie übersehen, daß dieser Gedanke erst noch der zwecklogischen Einordnung in das System der Rechtsordnung bedarf.

Der bisherigen Behandlung der Versuchslehre haftet aber vielfach noch ein weiterer methodologischer Fehler an. Auch wenn man nämlich den Versuch richtig als rechtliche Zweckfigur erfaßt, muß man zu unhaltbaren, weil verschwommenen Vorstellungen gelangen, wenn man den Versuchsbegriff nur zu der Rechtswidrigkeit in funktionelle Beziehung setzt und meint, die rechtswidrigen Handlungen als solche in Vollendung und Versuch zerlegen zu können. Man verkennt dabei, daß das Vorstellungsbild des Versuchs überhaupt erst von den gesetzlichen Tatbeständen aus möglich wird, und es keinen Versuch schlechthin gibt, sondern von einem Verhalten immer nur ausgesagt werden kann, ob es im Sinne eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes, also relativ, einen Versuch darstellt. Abstrahiert man von einem bestimmten Tatbestand, so bleibt jede Versuchsvorstellung wegen Inhaltleere im Nebel stecken. Die nach Abzug der Tatbestandsmäßigkeit übrigbleibende Rechtswidrigkeit der Handlung verträgt keine Spaltung in Vollendung und Versuch. Eine Handlung ist entweder rechtswidrig oder sie ist es nicht: eine halbe oder sonst teilweise rechtswidrige Handlung ist undenkbar, da die „Rechtswidrigkeit“ nur eine Wertrelation ausdrückt, nur besagt, daß ein Beurteilungsgegenstand der Rechtsordnung zuwider ist. Denkbar ist nur, daß man der Rechtswidrigkeit der Tat die Rechtswidrigkeit einer unverwirklicht gebliebenen Seelenregung gegen-

bestimmten Tatbestand nicht auftauchen, es gibt nur Täter im Sinne des Tatbestands der „Tötung eines Menschen“ oder des Tatbestands der „Zerstörung einer fremden Sache“ usw. Und diese Relativität ermöglicht es, dem Täterbegriff einen Teilnehmerbegriff, der Täterschaft eine andersartige, diese voraussetzende Begehungsart strafbarer Handlungen hinzuzugesellen.

Dabei freilich bleibt es auch unter der Herrschaft gesetzlicher Tatbestände, daß der Kreis derer, die nach deren Maßgabe „strafbare Täter“ sind, nicht in eigentliche Täter und Teilnehmer zerlegt werden kann. Klar und deutlich sagt jedes Straigesetz: strafbar ist nach mir jeder, dessen Verhalten dem hier ausgeprägten gesetzlichen Tatbestand entspricht, also z. B. als „Tötung eines Menschen“ erscheint. Und wenn das der Fall ist, so ist jeder, einerlei ob er isoliert dasteht oder andere neben sich hat, die gleichfalls so tatbestandsmäßig gehandelt haben, eben als Täter zu bestrafen. Würden dann etwa vom Gesetzgeber Scheidungen der Art beliebt, daß etwa der pro se und der im fremden Interesse Handelnde gesondert würden, so hätte das keinen Bezug auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein mehrerer und deren Verhältnis zu einander, es wären nur Unterarten des Tatbegriffs geschaffen, deren Zutreffen auf den einzelnen lediglich bei Würdigung seiner Handlung isoliert gegeben oder nicht gegeben wäre. Es gälten hier die gleichen Erwägungen, wie bei einem keine gesetzlichen Tatbestände kennenden Strafrecht.

Dagegen wird hier von Bedeutung, daß jenseits des Kreises der tatbestandsmäßigen Handlungen noch ein großes Gebiet rechtswidrigen schuldhaften Handelns übriggelassen ist. Aus diesem Gebiet kann der Gesetzgeber, der auf sein durch die bisherige Aufstellung von Einzelstrafgesetzen vollzogenes Werk zurückschaut, immer noch Verhaltensweisen herausheben, die er nicht straflos lassen zu können glaubt. Und das kann er nicht nur so, daß er neue besondere Tatbestände aufstellt, sondern auch durch einen allgemeinen Satz, der im Hinblick auf alle gesetzlichen Tatbestände ein Verhalten unter Strafe stellt, das, ohne der tatbestandlichen Figur geradeaus zu entsprechen, doch bestimmte Beziehungen zu ihr aufweist. In diesem Sinne kann er besonders dem Kreise der Täter, wie er sich unmittelbar aus den Einzelstrafgesetzen ergibt, einen Kreis von Strafbaren zweiter Ordnung hinzufügen.

Indem der Gesetzgeber von „Tötung eines Menschen“ spricht — und entsprechend natürlich bei jeder anderen tatbestandlichen Figur —, muß er sich natürlich Rechenschaft dar-

über ablegen, was er damit gemeint hat, wie sich die Konturen des Vorstellungsbildes abzeichnen. Den Umfang des Bildes zu bestimmen, ist zwar seinem freien Schöpfungsakt überlassen. Aber der Sinn, den er mit der Figur verknüpft wissen will, ist, einmal von ihm gewollt, maßgebend so, daß alles der Figur Entsprechende unterschiedslos dem betr. Strafgesetz anheimfällt, und alles ihr nicht Entsprechende ins Leere hinausfällt.

Fragt sich der Gesetzgeber nun: was habe ich mir unter z. B. „Tötung eines Menschen“ gedacht und was soll darunter verstanden werden, so ist nur entweder die Antwort möglich: ein Verhalten, das irgendwie zum Tode eines Menschen beigetragen hat; oder die andere, dem Sprachgebrauch des Lebens entsprechende: ein Verhalten, das auch ohne Mitvorstellung andersartigen Verhaltens desselben Individuums oder anderer Individuen die charakteristische Bedeutung der „Tötung eines Menschen“ hat, so, daß man von dem so Handelnden unbedenklich sagt: er habe eben durch dieses Verhalten einen Menschen getötet.

Entscheidet sich der Gesetzgeber im ersteren Sinne, so verleiht er damit seinen Einzelstrafgesetzen denknötwendig folgende Bedeutung.

Einmal bilden dann das, was man sonst Täter, Anstifter, Gehilfen nennt, eine objektiv qualitativ ununterscheidbare Masse. Einer wie der andere wäre einfach Mörder (bzw. Totschläger usw.); von einem wie vom anderen gälte die Formel: er hat „einen Menschen getötet“. Dies gälte gleichermaßen für Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Da jedes beliebige Verhalten, das zu dem Tode beigetragen hat, in den Tatbestand einzurechnen wäre, würde ferner für eine Gesetzgebung, die neben die vollendete Tat einen strafbaren Versuch stellt, die Möglichkeit entfallen, in klarer Formel die Vorbereitungshandlungen abzuschneiden, diese würden eben auch schon das tatbestandsartige Gepräge tragen und somit Versuch sein. Weiter würden die erfolglose Anstiftung und die erfolglose Beihilfe Versuch der Tat selber sein. Auf dem Gebiete des dolus würde kein Unterschied obwalten, jeder Entschluß, irgendwie zum Tode eines Menschen beizutragen, wäre eben Täterdolus. Soweit der betr. Tatbestand auch bei fahrlässiger Begehung unter Strafe gestellt wäre, würde auch fahrlässige Anstiftung und fahrlässige Beihilfe mitinbegriffen sein, da ja alles eben einheitlich „Tötung eines Menschen“ usw. wäre. Endlich würde bei den Tatbeständen, deren Vorstellungsbild eine höchstpersönliche Beziehung zu dem sachlichen Inhalt des Tatbestands in sich schließt, nur gemeint sein können, daß

irgendein Mensch, einerlei ob strafbar oder nicht, da sein muß, dessen Verhalten in dieser Kombination persönlich-sachlich dem Tatbestande entspricht, daß aber wenn dies der Fall, die Tatbestandsmöglichkeit ebensogut bei ihm, wie bei denen vorhanden ist, die irgendwie zu seinem Verhalten mitgewirkt haben; so würde der Tatbestand „Gehen über eine Brücke“ bedeuten: irgendwie dazu mitwirken, daß von jemandem über eine Brücke gegangen wird; der „Gehende“ und der Nichtgehende würden ebensmäßig darunter zu subsumieren sein; der Tatbestand, der einen Beamten als Täter nennt, wäre ebensogut von dem Beamten, wie von dem Nichtbeamten verwirklicht, der ihn in den Stand gesetzt hat, tätig zu werden; sub titulo „Meineids“ wäre der Schwörende wie jeder andere strafbar, der den Schwörenden veranlaßt oder sonst eine Bedingung für den Eidesakt gesetzt hat.

Unzweifelhaft wird sich nun der Gesetzgeber von heute, sobald er sich diese ja ganz unvermeidlichen Konsequenzen klar gemacht hat, sofort sagen: das habe ich durchaus nicht gewollt und will es auch jetzt nicht. Er wird vielmehr, alle die vorherührten Punkte durchgehend, überall mit voller Sicherheit sagen, daß er ein viel konzentrierteres Vorstellungsbild vor Augen gehabt habe, — eben dasjenige, das der Lebenssprachgebrauch ebensmäßig meint, wenn vom „Töten eines Menschen“, vom „Gehen über eine Brücke“, vom „Meineid“ usw. die Rede ist. So erwächst für den Gesetzgeber, wenn anders er prüfen will, ob er nicht zu den in diesem Sinne begrenzten Einzelstrafgesetzen eine die Strafbarkeit erweiternde allgemeine Zusatzbestimmung geben will, die Aufgabe, sich klar zu werden, welche Verhaltensweisen, obwohl zu dem Tatbestande in Beziehung stehend, doch nicht als ihn im Sinne der Einzelgesetze verwirklichend nach dem Lebenssprachgebrauch außen liegen bleiben, und zuzusehen, ob es angebracht ist, sie um ihrer immerhin vorhandenen tatbestandlichen Beziehung halber als Erscheinungsformen irgendwie einer an das jeweils in Frage kommende Einzelgesetz angelehnten Strafbarkeit zu unterwerfen.

Hier endlich taucht die Möglichkeit eines mit der Täterschaft nicht identischen, wohl aber zu dem in jener eingeschlossenen Vorstellungsbilde in Beziehung stehenden eigenartigen Vorstellungsbildes auf. Der Sprachgebrauch des Lebens scheidet unbeirrbar aus dem Bereiche der „Tötung eines Menschen“ solches Verhalten aus, das, obwohl innerlich mit einer solchen verbunden, doch noch vor ihr oder neben ihr (um von dem „nach ihr“ hier abzusehen) liegt. Wenn A eine fremde Sache von ihrem Standort fortgeholt hat, B ihm zuvor den Aufenthalt



der Sache verraten oder ihn zu seinem Verhalten bestimmt hat, und C, während A tätig war, die Aufmerksamkeit der Straßengänger von dem Handeln des A abgelenkt hat, und wir nun den gesetzlichen Tatbestand „Wegnahme einer fremden beweglichen Sache“ vergleichend daranhalten, so nennt (unter der noch näher zu beleuchtenden Voraussetzung, daß A in selbstverantwortlicher Rolle gehandelt hat) n i e m a n d das Verhalten des B oder des C „Wegnahme der Sache“. Entsprechend ist für jeden anderen gesetzlichen Tatbestand immer eine charakteristische Scheidung dessen, was der in ihm verbal beschriebenen Figur entspricht, und dessen, was davor oder daneben liegt, möglich.

Und nun ist der Gesetzgeber veranlaßt zu fragen, ob nicht auch das „Vor“- und „Neben“-Handeln in genereller Formel unter Strafe gestellt werden sollte. Wenn er, wie stets bei Erwägung der sachlichen Regelungsinhalte, die Wertfrage aufwirft, so wird er nicht daran vorbeigehen können, daß zwar ein scharfer Wertunterschied zwischen demjenigen besteht, der „einen Menschen tötet“, und demjenigen, der nur auf eine solche hingearbeitet, ihr vorgearbeitet, sie durch Begleithandlungen ermöglichen hat; daß aber auch ein Verhalten der zweiten Art einen rechtlichen Mißwert ausmacht, und dieser zur Aufstellung einer Mit- und Nebenverantwortlichkeit im Sinne des jeweils in Frage stehenden gesetzlichen Tatbestandes neben der sich nach diesem direkt bestimmenden Hauptverantwortlichkeit durchaus geeignet ist. So fällt dem Gesetzgeber der Teilnehmerbegriff von selbst in den Schoß im Sinne einer Teilnahme an der V e r a n t w o r t l i c h k e i t, einer Zweitverantwortlichkeit charakterisiert durch die Notwendigkeit der Zuhilfenahme des Vorstellungsbildes der „Haupttäterschaft“ und ohne diese Zuhilfenahme in der Luft schwebend.

Damit ist in keiner Weise der Frage vorgegriffen, ob diese Zweitverantwortlichkeit nur da bestehen soll, wo ein strafbarer Hauptverantwortlicher wirklich vorhanden ist, ob also eine wirklich vorliegende tatbestandsmäßige rechtswidrige schuldhaft Handlung des anderen erfordert werden soll oder nicht. Die „Teilnahme“ ist „akzessorisch“ insofern, als sie inhaltlich ohne Beziehung auf einen gesetzlichen Tatbestand und ohne Verschiedenheit der Handelnden unvorstellbar ist, sowie darin, daß ihre Strafbarkeit in Beziehung zu der die Strafbarkeit des Haupttäters bestimmenden Strafdrohung steht; ob sie darüber hinaus als akzessorisch nur an eine rechtswidrige V e r w i r k l i c h u n g des gesetzlichen Tatbestands durch den anderen angelehnt werden soll, und ob, wenn ja, sie sogar nur bei Schuld des „Haupttäters“ strafbar sein soll, ist zu bestimmen Sache

des Gesetzgebers, wie auch die Fixierung des Wertverhältnisses zwischen Haupt- und Zweitverantwortlichkeit der Bestimmung durch ihn harrt.

In diesen Beziehungen wird das Nachdenken zunächst darauf zu richten sein, welche Rolle bei der Aufteilung der Begehungsweise dem Schuldmoment zukommt. Diese Frage beantwortet sich nun in Beschränkung auf den *dolus*<sup>57)</sup> dahin: Wenn die Vorstellungsbilder „Tötung eines Menschen“ und „Vorarbeiten und Nebenhandlungen für die von einem anderen vorzunehmenden Tötung eines Menschen“ objektiv verschieden sind, so scheiden sich auch entsprechend die Entschlüsse voneinander. Wenn weiter zwischen dieser und jener Figur ein Unterschied im Rechtswert liegt, so ist auch ein Unterschied im Schuldwert sichtlich gegeben. Ist es schlimmer, einen Menschen zu töten, als bloß einer Tötung vor- oder dabei mitzuwirken, so trifft auch denjenigen nur geringere Schuld, dessen Entschluß auf das letztere ging. Danach wäre für die „Teilnahme“ grundsätzlich eine geringere Strafdrohung geboten, als für die „Täterschaft“. Nur hebt sich aus dem Bereiche des „Vorarbeitens“ der Fall der „Anstiftung“ deshalb heraus, weil den Anstifter vergleichsweise eine quantitativ schwerere Schuld trifft, insofern er auch noch einen anderen in Bewegung setzt und nicht selbst seine Haut zu Markte trägt. Deshalb ist es durchaus angemessen, wenn die Strafdrohung gegen ihn derjenigen gegen den Haupttäter in das Verhältnis von 1:1 gesetzt wird: der geringere Unrechtswert wird kompensiert durch höheren Schuldwert.

Inhaltlich kann der Teilnehmerdolus natürlich nicht bestimmt werden als der Entschluß, „einen Menschen zu töten“; das wäre Täterdolus. Er kann vielmehr nur in dem Entschluß, einer Tötung vor- oder dabei mitzuarbeiten bestehen. Nicht die Kenntnis der zu dem betr. gesetzlichen Tatbestande gehörigen Tatumstände, sondern die Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten als eigne Teilnahme an der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch den anderen erscheinen lassen, ist maßgebend. Was dem Teilnehmerdolus sein charakteristisches Gepräge gibt, das ist, daß sich der Handelnde in der Rolle des bloßen Zweitverantwortlichen fühlt. In dieser bloßen Nebenrolle kann sich aber nur derjenige fühlen, der den anderen als den verantwortlich Entscheidenden ansieht, mit anderen Worten, bei dem er Schuld voraussetzt.

<sup>57)</sup> Das Fahrlässigkeitsproblem interessiert hier wohl praktisch nicht, würde sich übrigens nach Klarstellung des *dolus* unschwierig beantworten.

Damit rollt sich das Problem der „mittelbaren Täterschaft“ auf, um aber sogleich seine Erledigung zu finden. Insoweit das tatbestandsverwirklichende Verhalten des A nicht dessen eigener, ihn verantwortlich machenden Entscheidung entquoll, vielmehr entweder überhaupt keine „Handlung“, sondern nur äußeres „Tun“, oder ein ihm nicht zum dolus zurechenbares Verhalten war, kann sich B, der dies wußte, und das Verhalten des A hervorrief oder dabei mitwirkte, sich nicht als bloßer Zweitverantwortlicher gefühlt haben. Er war vielmehr Hauptverantwortlicher und hatte den entsprechenden dolus, A war nach dem üblichen Sprachgebrauch nur sein „Werkzeug“, und B „bediente sich“ bewußt des A „als Werkzeugs“. Wird dieses Ergebnis in die Sprache der Strafgesetze umgesetzt, so lautet es dahin: der B hat „einen Menschen getötet“, und er hatte den Vorsatz „einen Menschen zu töten“. Unzweifelhaft wird auch der Gesetzgeber, wenn er sich fragt, ob diese Fälle in das Vorstellungsbild hineinfallen, das er sich bei Prägung der gesetzlichen Tatbestände machte, bejahend antworten. Es besteht keinerlei Veranlassung, irgendwie den Teilnehmerbegriff, der ja Zweitverantwortlichkeit bedeutet, heranzuziehen. Für die „Teilnahme“ bleiben somit ausschließlich die Fälle übrig, in denen sich die Handlung auf eine schuldhaft Haupttat bezieht. War der Tatbestandverwirklichende in Schuld (und speziell in dolo), und wußte dies der Vor- oder Mitarbeitende, so heben sich deutlich der erstere als der Hauptverantwortliche, und der andere als Zweitverantwortlicher voneinander ab.

Wenn neuerdings die Forderung erhoben worden ist, Teilnahme auch bei nicht schuldhafter Haupttat anzuerkennen, und ihren begrifflichen Unterschied gegenüber der „mittelbaren Täterschaft“ preiszugeben, so ist dieses Verlangen für einen zwecklogisch denkenden Gesetzgeber unerfüllbar. Offenbar wäre die Forderung auch überhaupt nicht aufgestellt worden, wenn objektiv vorliegende mittelbare Täterschaft und Bewußtsein der Handelnden davon, daß der andere willen- oder schuldlos sei, stets Hand in Hand miteinander gingen, und ebenso Anstiftung und Bewußtsein, nur Anstifter zu sein, sich stets zusammen vorfänden. Das ist ja nun in der Tat nicht der Fall; B. kann den geistig Gesunden A für geisteskrank erachtet haben, so daß er nur Teilnehmer war, aber Tätervorsatz hatte; oder er hat den geisteskranken A für gesund gehalten, so daß er Täter war, aber nur Teilnehmervorsatz hatte. Daß ein solches Nichtzusammenstimmen der objektiven Seite mit dem Vorsatz nicht zur Straflosigkeit des B führen darf, ist sicher. Aber solange mittelbare

Täterschaft und Anstiftung getrennte Dinge sind, solange meint man, ist Straflosigkeit unausweichlich. Zu dem gerechten Resultat gelange man nur, wenn man unter Zusammenziehung der beiden Rechtsfiguren einfach auf die Veranlassung eines anderen zu einem tatbestandverwirklichenden, einerlei ob schuldhaften oder nicht schuldhaften Tun abstelle, und dadurch folgerichtig den *dolus* unabhängig stelle von der Beziehung auf die Schuld des Ausführenden.

Es mag hier auf sich beruhen bleiben, ob und wie sich für das geltende Recht für solche Fälle Strafbarkeit behaupten läßt. De lege ferenda braucht jedenfalls der Hebel nur an anderer Stelle angesetzt zu werden, um das sachlich gebotene Ergebnis zu erzielen. Der Fehler liegt nämlich lediglich in der dem geltenden Strafrecht eigentümlichen zu starken Verengerung des Vorsatzbegriffs. Indem nur da *dolus* als vorliegend anerkannt wird, wo das Vorstellungsbild des Handelnden mit der objektiv von ihm verwirklichten rechtlichen Spezialfigur übereinstimmt, wird ein unnötiges formalistisches Verlangen gestellt. Schon ganz ohne Rücksicht auf die Teilnahmelehre muß künftig der *dolus* dem Grundsatz der Äquivalenz (oben S. 166) unterstellt werden. Und dieser Grundsatz ist dann entsprechend auf das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme anzuwenden; *dolus* hat dann, einerlei wie die objektive Tatseite aussieht, sowohl der mit Täter- wie der mit Anstifter*dolus* Handelnde; und so können Täterschaft mit Anstifter*dolus* und Anstiftung mit Täter*dolus* ohne jede Schwierigkeit je zu einer ganzen strafbaren Handlung verbunden werden. Auch wenn es sich um die nicht durch Hervorrufung des Entschlusses, sondern durch Mitwirkung vollzogene mittelbare Täterschaft handelt, kommt man so zu sachgemäßem Ergebnis: der bloße Gehilfen*dolus* steht wertlich nicht auf der Höhe des Täter*dolus*; aber wenn jemand in Wahrheit Täter war, weil der andere geisteskrank war, und er ihn für geistig gesund hielt, so würde er als Täter, aber unter Anwendung der reduzierten Beihilfestrafdrohung gestraft werden <sup>58)</sup>.

Dagegen führt die Preisgabe des begrifflichen Unterschieds von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung zu sichtlichen Schiefheiten. Die Begriffe sind eben Ausdruck einer Wertverschiedenheit; und deren Verwischung muß sich notwendig rächen. Wird die mittelbare Täterschaft mit der Anstiftung in Eins zusammengezogen, so fällt sie damit aus dem „Tatbestande“ heraus; für die neue Figur,

<sup>58)</sup> Vgl. dazu oben S. 165.



die sie und die Anstiftung in uno umschließt, kann nun entweder bestimmt werden, daß sie nur bei Vorsatz strafbar sein solle, und dann ist auf einmal ohne jeden ersichtlichen Grund fahrlässige mittelbare Täterschaft straflos gestellt; oder aber es wird Fahrlässigkeit für genügend erklärt, und das ist ins solange eine unbillige und schiefe Wertung, als es gesetzliche Tatbestände von nicht unerheblicher Schwere gibt, deren täterschaftliche Verwirklichung bei Fahrlässigkeit straflos ist. Wer wollte es rechtfertigen, daß z. B. fahrlässige Anstiftung zum ruhestörenden Lärm strafbar sein soll, während fahrlässige Sachbeschädigung straflos ist. Und auch die bloße Erstreckung der Strafbarkeit fahrlässiger Anstiftung auf die Anstiftung für solche Tatbestände, bei denen auch die fahrlässige Täterschaft strafbar ist, hätte Bedenken, da zwischen fahrlässiger Anstiftung und fahrlässiger Täterschaft ein wesentlicher Wertunterschied obwaltet. Das Herausfallen der anstiftungsartigen mittelbaren Täterschaft aus dem Tatbestand bedingt weiter auch den Herausfall der beihilfsartigen mittelbaren Täterschaft aus diesem; die letztere muß mit der Beihilfe verschmolzen werden, und hier zeigen sich die vorerörterten Schwierigkeiten in verstärktem Maße. Schließlich aber kommen nunmehr die höchstpersönlichen Beziehungen der gesetzlichen Tatbestände völlig ins Schwanken. Es gibt nun einmal tatbestandliche Figuren, denen wohl erwohenermaßen charakteristisch ist, daß der nach ihnen zu bestrafende Täter „selber“, „in eigener Person“, mit eigenem Leibe oder mit eigener Seele gewissen Bedingungen entspricht. Als Täter eines verbotenen „Gehens über eine Brücke“ soll eben nur strafbar sein, wer eigenbeinig darüber gegangen ist; als Täter eines Beamtendelikts, wer selber Beamter ist; als Unterschlagender, wer selber die Sache hatte; als Meineidiger, wer sein eigenes Gewissen einsetzt. Solange Anstiftung und mittelbare Täterschaft geschieden sind, ist eine verschiedenartige Behandlung der höchstpersönlichen Umstände bei dieser und bei jener logisch verknüpft: genügte der Haupttäter dem Tatbestande, so ist es gleichgültig, ob der Anstifter jene höchstpersönlichen Beziehungen an sich trägt; denn er wird ja nicht dafür bestraft, daß er „über eine Brücke gegangen sei“ usw., sondern daß er derartiges Verhalten eines anderen herbeigeführt habe; lagen beim Haupttäter die höchstpersönlichen Bedingungen nicht vor, so fällt damit auch die Anstiftung dahin; genügte der durch ein Werkzeug Handelnde selber den höchstpersönlichen Bedingungen dagegen nicht, so ist es gleichgültig, ob das Werkzeug ihnen entsprach, denn der Tatbestand wird ja eben nur auf jenen, nicht auf das Werkzeug

bezogen; der einen Geisteskranken über eine Brücke Schickende ist eben nicht „über die Brücke gegangen“. Alles dies ist vollkommen sachgemäß, weil es sich um die Wertverschiedenheit: Hauptverantwortlichkeit ex Tatbestand oder sekundäre Verantwortlichkeit handelt. Wo sich Verhaltensweisen zeigen, die strafwürdig erscheinen, aber angesichts der bisherigen gesetzlichen Tatbestände straflos bleiben müßten, kann ohne weiteres durch Aufstellung besonderer gesetzlicher Tatbestände (nach dem Muster des § 160 StGB.) geholfen werden. Wird dagegen mittelbare Täterschaft und Anstiftung in eins verschlungen, so wird eine einheitliche Bestimmung nötig, die entweder die höchstpersönlichen Bedingungen wie für den mittelbaren Täter, so auch für den Anstifter erfordert (was zum Unsinn führt, weil danach z. B. der Nichtbeamte nicht wegen Anstiftung zum Amtsdelikt bestraft werden könnte), oder sie für den mittelbaren Täter ebensowenig wie für den Anstifter fordert (wonach z. B. der Veranlasser eines objektiven Falscheides bei eigenem dolus zum Meineidigen gemacht würde).

Nach alledem ist für den rationell denkenden Gesetzgeber kein Zweifel daran möglich, daß die mittelbare Täterschaft überhaupt kein Problem ist, daß vielmehr jeder gesetzliche Tatbestand sie ohne weiteres umfaßt, und zwar so umfaßt, daß, soweit der Tatbestand höchstpersönlich gefaßt ist, der höchstpersönliche Umstand auf den als Täter zu Bestrafenden, nicht auf das Werkzeug sich bezieht. Das Unpersönliche im Tatbestand ist von dem Werkzeug auf den Täter übertragbar, das Höchstpersönliche nicht.

Damit ist zugleich entschieden, daß die Anstiftung (und ebenso die Beihilfe) einen Secundus als „Nichtwerkzeug“ voraussetzen, d. h. daß die Schuld des Haupttäters als bedingend für den Teilnahmebegriff beizubehalten ist.

Nur so findet der Gedanke seine klare Behandlung, daß Tatbestandsverwirklichung Hauptverantwortlichkeit, dagegen „Teilnahme“ Verantwortlichkeitsteilnahme sein soll. Daß damit bei richtiger Gestaltung der Doluslehre keine Strafbarkeitslücken entstehen, ist oben gezeigt.

Die stete Festhaltung des Kerngedankens bei der sogenannten „Teilnahme“ als einer wertlichen Figur im Sinne der Verantwortlichkeitsteilnahme ermöglicht schließlich die reinliche Lösung einmal der Frage nach der sogenannten „Akzesorietät“, und sodann der Frage nach der Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe.

Wenn heute darüber gestritten wird, ob „die Akzessorietät der Teilnahme beizubehalten sei“, so verquickt man dabei sehr häufig ganz verschiedene Fragen. „Akzessorietät“ kann einmal bedeuten die begriffliche Bezogenheit von Anstiftung und Beihilfe auf die gesetzlichen Tatbestände der Art, daß ihr Vorstellungsbild erst in Verbindung mit solchen zustande kommt, und somit relativ ist. Akzessorietät kann zweitens bedeuten die begriffliche Bezogenheit auf Schuldhaftigkeit der Verwirklichung der Tatbestände, so, daß Anstiftung und Beihilfe zu nicht schuldhafter Haupttat begrifflich ausscheiden. Akzessorietät kann drittens bedeuten die Abhängigkeit der Strafdrohung von derjenigen gegen die jedesmal in begrifflichem Bezuge stehende Verbrechenart. Sie kann endlich viertens bedeuten die Bedingtheit (sei es im Begriff, sei es in der Strafbarkeit) durch das wirkliche Begangensein der Haupttat.

In den drei ersten Beziehungen hat der Gesetzgeber schon in demselben Augenblick Stellung im bejahenden Sinne genommen, indem er sachlich wertend es für gut fand, die Anstiftung und die Beihilfe als bloße Zweitverantwortlichkeit, als bloße abgeleitete Verantwortlichkeit zu erfassen. Er brauchte das nicht, er konnte den besonderen tatbestandlichen Typus „Anstiftung bzw. Beihilfe zu rechtswidrigem Verhalten schlechthin“ oder auch „zu irgend einer rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung“ oder „zu Verwirklichung dieses oder jenes gesetzlichen Tatbestandes“ prägen, und eine selbständige Strafdrohung anhängen. Dann war von „Akzessorietät“ keine Rede. Sobald er sich aber dahin entschieden hat, daß Anstiftung und Beihilfe nur sekundäre Bedeutung haben, daß sie nicht eine Hauptverantwortlichkeit, sondern eine relative, sich je nach dem zugehörigen Tatbestande richtende Verantwortlichkeit begründen sollen, diese Verhaltensweisen also zu „Erscheinungsformen“ gestempelt sind, ist damit auch Akzessorietät im ersten und dritten Sinne vorhanden; und mit ihr geht die Akzessorietät im zweiten Sinne Hand in Hand, weil denjenigen, der zu einer nicht schuldhaften Handlung angestiftet oder geholfen hat, bei unverkünstelter Wertung eben die Hauptverantwortlichkeit trifft, und nicht nur die Herausnahme der mittelbaren Täterschaft aus dem Tatbestande eine Künstelei ist, sondern ihre Verschweißung mit der Anstiftung die sachlichen Ausgangspunkte der Verantwortlichkeitsfestlegung in unklarster Weise umwirft.

Aber die Verantwortlichkeitsteilnahme bedeutet nicht dasselbe wie „Tat-Teilnahme“ in dem Sinne, als ob die Haupttat notwendig begangen sein müsse. Was dem gesetzgeberischen Gedankengang

charakteristisch ist, das ist die Erfassung der Anstiftung und Beihilfe als Wertfiguren eigener und zugleich begrifflich auf die gesetzlichen Tatbestände bezogener Art. Diesen Charakter behalten Anstiftung und Beihilfe aber auch, wenn es zu der Haupttat nicht gekommen ist, vorausgesetzt nur, daß sie sich objektiv und nach Vorsatz des Handelnden als Anstiftung und Beihilfe für eine als rechtswidrige, schuldhaft, tatbestandsmäßige Handlung darstellen. Ob der Gesetzgeber die Akzessorietät auch in diesem vierten Sinne aufstellen will, steht ihm frei, genau so, wie er bei jedem gesetzlichen Tatbestande bestimmen kann, ob ein über das Verhalten selber hinausliegendes Ereignis, und eventuell was für eins, das tatbestandliche Endstück bedeuten soll.

Sehr einfach gestaltet sich auch die Antwort auf die Frage nach den Kriterien der Beihilfe gegenüber der (Mit-) Täterschaft. Der Gesetzgeber ist auf den Gedanken, ein Gesetz gegen die Beihilfe aufzustellen, ja nur deshalb verfallen, weil er sich überzeugt hat, daß sie einerseits strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen soll, und daß andererseits die von ihm aufgestellten Einzelstrafgesetze sie nicht decken. Er hat sich gesagt: ich habe bisher verordnet, daß z. B. derjenige, der „einen Menschen tötet“, nach dem und dem Paragraphen strafbar sein soll; nun wünsche ich aber z. B. auch den mit Strafe zu belegen, der einem anderen zu der von diesem vollzogenen Tötung eines Menschen das Beil gereicht hat; solches Verhalten ist aber keine „Tötung eines Menschen“. Folglich muß ich eine neue Figur suchen und ausprägen, etwa „Hilfe leihen zur Tötung eines Menschen“, um die Straflosigkeit zu beseitigen. Es handelt sich also bei der „Beihilfe“ um ein objektiv begriffliches aliud gegenüber dem laut Tatbestand aufkommenden Vorstellungsbild und damit gegenüber der „Täterschaft“ als der primären Verantwortlichkeit.

Wer das leugnen, wer behaupten will, objektiv seien Beihilfe und Täterschaft ununterscheidbar, der müßte also denkwürdig behaupten, daß „einen Menschen töten“ alles Verhalten umfaßt, das irgendwie eine Bedingung zum Tode eines Menschen darstellt. Daß das nicht entfernt zu dem Gedankenzusammenhange, und ebensowenig zu dem nun einmal gegebenen Wertungsunterschiede paßt, ist oben S. 187 ff. gezeigt. An dieser Stelle darf aber noch hinzugefügt werden: wer behaupten will, daß das „Töten eines Menschen“ die Beihilfe mit umfasse, der dreht das Motiv für die Aufstellung des Beihilfegesetzes in sein Gegenteil um, denn nunmehr hätte sich der Gesetzgeber gesagt: ich habe mit der Aufstellung der Einzelstrafgesetze überall schon die bloßen Gehilfen mitgetroffen. Das erscheint mir nachträglich zu hart;



deshalb muß ich eine Ausnahmebestimmung aufstellen. Der Gehilfe wird zu einem Täter, der sonst voll strafbar wäre, und nur durch *lex specialis* straflos gestellt oder für minder strafbar erklärt wird. In Anwendung auf das geltende StGB. würde das also heißen: bei Streichung des § 49 StGB. würde jeder Gehilfe einfach aus den Einzelstrafgesetzen heraus gestraft werden, der Mordgehilfe nach § 211, der Gehilfe zum ruhestörenden Lärm nach § 360 II usw. Daß der Sinn des Beihilfeparagraphen damit geradezu auf den Kopf gestellt wäre, leuchtet ein. Es bezweifelt doch wohl kein Mensch, daß Streichung des § 49 eben die Straflosigkeit der Beihilfe im Sinne des StGB. zur Folge haben müßte. Wenn demgegenüber eine „subjektive“ Theorie erwachsen konnte, so war das nur möglich kraft einer Kette von Denkfehlern.

Der erste dieser Fehler war der, daß man den objektiven Unterschied des Gehilfen vom Täter in einer Verschiedenheit des Kausalitätswerts suchte, und da man ihn da nicht fand, überhaupt leugnete. Damit hatte man übersehen, daß die Kausalität eine wertfreie, rein tatsächliche Beziehung bedeutet, daß mit ihr und ihren etwaigen Unterscheidungen keine Werte gesetzt sind, daß vielmehr die Vorstellungsbilder maßgebend sind, die der Gesetzgeber gerade zu dem Behufe der Fixierung des Rechtswerts in Gestalt der gesetzlichen Tatbestände geprägt hat. Die Frage ist gar nicht die: Hat X eine einfache Bedingung oder eine Ursache zum Tode eines Menschen gesetzt? Sondern: was bedeutet „Tötung eines Menschen“, was fällt in dieses Vorstellungsbild hinein und was nicht? Wie wenig dabei der „Kausalitätswert“ entscheidend ist, wie vielmehr nur unter Umständen von diesem Vorstellungsbilde aus die verschiedenartigen Bedingungen eines Erfolges eine wertlich verschiedene Bestrafung erhalten, zeigt sich darin, daß es gesetzliche Tatbestände gibt, bei denen eine Lösung der Frage nach Beihilfe oder Täterschaft auf dem Boden einer kausalen Unterscheidung überhaupt nicht möglich ist, weil bei ihnen ein jenseits des Verhaltens liegender Erfolg überhaupt nicht zum Tatbestande gehört. Lautet z. B. ein Tatbestand auf „Gehen über eine Brücke“, so kommt es lediglich auf das Verhalten selber an: der Gehende ist Täter, und wer ihm etwa dafür das Brückengatter geöffnet hat, ist Gehilfe. Ein rechtlich bedeutender „Erfolg“, zu dem beide mitgewirkt hätten, ist gar nicht vorhanden, als ob das Öffnen des Gatters und das Gehen koordinierte Bedingungen für ein Drittes wären.

Der zweite Denkfehler der subjektiven Theorie ist der, daß nach Leugnung der objektiven Verschiedenheit gleichwohl eine Verschiedenheit des „Vorsatzes“ behauptet wird. Aber wenn

die „Tötung eines Menschen“ einheitlich beide Vorstellungsbilder ununterscheidbar umschließt, wie in aller Welt soll nun auf einmal eine Vorsatzverschiedenheit denkbar sein? Es gibt bei objektiver Einheitlichkeit eben auch bei dem Handelnden nur ein Vorstellungsbild, sein Entschluß ist eben immer auf „Tötung eines Menschen“ gerichtet: wollte er sagen: „ich wollte nur zur Tötung helfen“, so würde die Antwort sein müssen: „zur Tötung helfen“ ist ja nichts anderes als ein „Töten eines Menschen“! Wenn es sich bei dem Unterschiede nur um ein „so oder so“ Töten handelt, und objektiv zwischen den Alternativen ein Unterschied überhaupt nicht erkennbar ist, wie soll da das „Unerkennbare“ plötzlich von dem einzelnen Handelnden erkannt und vorgestellt sein?

So sind denn auch der *animus socii* und der *animus auctoris* gar keine Differenzierungen im Vorsatz, sondern eine Zerlegung der strafbaren vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichungen nach einem außerhalb des Vorsatzes liegenden seelischen Tatument: dem Motiv. Es handelt sich um eine Parallelerscheinung zu der Zerlegung z. B. der vorsätzlichen Entziehung elektrischer Arbeit in solche, die eigenen Vorteils halber, und solche, die behufs Schädigung des anderen vorgenommen ist. Und damit erhellt, daß solche Scheidung mit der Teilnahmelehre nicht das Geringste zu tun hat, daß vielmehr nur 2 Arten von strafbaren Täuern aufgestellt werden, derart, daß auch der isoliert allein Handelnde je nachdem in die eine oder andere Klasse einzustellen ist. Es gibt dann 1. eine „vorsätzliche Tötung im Eigeninteresse“, 2. eine „vorsätzliche Tötung in fremdem Interesse“. Und hat jemand ganz allein einem andern zuliebe einen Menschen getötet, so müßte er natürlich demgemäß strafbar sein, während die Verkoppelung dieses Falles mit dem Beihilfebegriff dazu führt, daß er straflos ist, weil er wegen seines *animus* nur Gehilfe sein könnte, es dazu aber an der Beziehung zu einer Haupttat fehlt. Und auch wenn man den *animus socii* in den „sich unterordnenden Willen“ verlegt, bleibt das Bild wenigstens solange das gleiche als die Akzessorietät der Beihilfe im Sinne einer wirklich vorliegenden Haupttat gefordert ist. Würde z. B. der Knecht dem Bauern den Vorschlag gemacht haben, ein Haus anzuzünden, und hätte er erklärt, er würde dann mithelfen, — während er selber die Tat unterlassen würde, wenn der Bauer passiv bleibe —, und hätte dann der Bauer zwar den Plan gutgeheißen, im entscheidenden Moment aber wohlweislich den Knecht allein das Haus anzünden lassen, dann würde der „mit sich unterordnendem Willen“

handelnde Knecht als Gehilfe nicht strafbar sein, weil es an der Haupttat gebricht.

Dabei ist die Wahl der Gegenüberstellung von animus auctoris und animus socii als Denkausgangspunkt an sich nicht einmal unrichtig. Nur muß man sie richtig verstehen. Es ist wie oben S. 190 ff. gezeigt, sicher richtig, daß die Bestrafung wegen vorsätzlicher Täterschaft das Bewußtsein, Hauptverantwortlicher zu sein, voraussetzt, während den Gehilfen das Bewußtsein, nur eine Nebenrolle im Verantwortlichkeitspunkt zu spielen charakterisiert. Aber eben im Verantwortlichkeitsbewußtseinspunkte liegt der Unterschied. In seinem Sinne kann man sagen, daß zur Bestrafung wegen Täterschaft der animus auctoris gehöre, und den Gehilfen der animus socii charakterisiere. In diesem Sinne aber ist animus auctoris einfach das Bewußtsein, daß man (selber oder durch ein Werkzeug) „einen Menschen töte“, während animus socii die Vorstellung, daß man zur „Tötung eines Menschen“ durch einen hauptverantwortlichen anderen nur „Beihilfe leiste“. So ist alles im klaren: der Unterschied ist ein objektiver, und weil er es ist, ist auch ein Unterschied im dolus da. Und diese begriffliche Klarheit entspricht genau den sachlichen Wertungsvorstellungen des Gesetzes.

Für die Teilnahmelehre als Ganzes genommen darf zusammenfassend gesagt werden: Der Grund, weshalb in der heutigen Theorie und Praxis noch vielfältiger Streit herrscht, liegt in der verkehrten Methode der Begriffsbestimmung. Man wähnt die Begriffe „Täter, mittelbarer Täter, Anstifter, Gehilfe“ seien schon da, es gelte nur sie „richtig zu erkennen“. Und obendrein behandelt man diese Begriffe so, als ließe sich die Täterschaft usw. lediglich an der Hand der strafbaren Handlung als einer rechtswidrigen ohne Zuhilfenahme der Tatbestandsbilder unterscheiden. Nachdem man dann die Begriffe hingestellt hat, fragt man nach ihren Konsequenzen für die Strafbarkeit. Nach den hier gegebenen Darlegungen ist demgegenüber schon für die Auslegung des geltenden Rechts die richtige Methode die, daß man die Begriffe als Funktionsbegriffe im Sinne des gesetzgeberischen Zwecks faßt. Ohne dies wird sich zerfließende Unanschaulichkeit der behaupteten Begriffsinhalte und der über ihnen schwebende Nebel niemals bannen lassen und der Alpdruck eines selbstherrlich gewordenen Formalismus nicht weichen. Für den Gesetzgeber selber vollends wird es hoffentlich nicht besonderer Aufmunterung dazu bedürfen, sich keine Phantasiebegriffe von „Täter, Anstifter, Gehilfen“ als angeblich schon da-seiende aufnötigen zu lassen, die dann Herr über seine Anord-

nungen sein sollen, sondern erst zu fixieren, was er sachlich will, und danach zwecklogisch die Begriffe so auszuprägen, daß sie ihre Würde von ihm zu Lehen tragen. Den Weg dafür haben ihm die vorstehenden Ausführungen gewiesen, die ihn als Willensdenker vom immanenten Zweck aus zu den verschiedenen Teilnahmebegriffen geleitet haben.

## II. Die Arbeitsweise des StGB.-Entwurfs von 1919 aus der methodischen Perspektive.

### 1. Die Festlegung des Begriffs der Strafe.

Einer der Mitverfasser des Entwurfs, Ebermayer, charakterisiert<sup>59)</sup> die Haltung, die der Entwurf im Schulenstreit einnehme, dahin, dieser habe „sich weder auf die Lehren der klassischen, noch der modernen soziologischen Schule festgelegt“. Diese Worte lassen an sich zwei Deutungen zu: entweder der Entwurf sei jeder Stellungnahme ausgewichen; oder aber er habe es nur vermieden, sich die eine der gegensätzlichen Auffassungen unter Verwerfung der anderen anzueignen und vielmehr beide kompromißmäßig vereinigt. Das letztere ist wohl Ebermayers Meinung. Denn er bemerkt fortgehend, daß der Entwurf doch keineswegs an den Forderungen der modernen Richtung vorübergegangen sei; das kann wohl nur besagen wollen, daß die Strafe als Vergeltung beibehalten, aber zugleich im Sinne der Präventivtheorien ausgestaltet worden sei. Daß der Entwurf für die letzteren oder wenigstens mit für sie Partei ergriffen habe, wird auch von einem anderen Mitverfasser, Bumke<sup>60)</sup>, und in der dem Entwurf beigegebenen Denkschrift<sup>61)</sup> zum Ausdruck gebracht oder zum mindesten angedeutet. Tatsäch-

<sup>59)</sup> Leipziger Ztschr. 15 78; Zeitschr. f. StrRW. 42 328.

<sup>60)</sup> DJZ. 26 12: „Über die Notwendigkeit, die Strafrechtspflege mit einem neuen Geiste zu erfüllen, herrschte schon vor dem Kriege, insbesondere dank den tatkräftigen Impulsen v. Liszts, weitgehendes Einverständnis.“

<sup>61)</sup> S. 5: „Rund ein Jahrzehnt nach dem Inkrafttreten des StGB. setzte eine Bewegung ein, die an die Grundlagen der bisherigen Strafgesetzgebung rührte. Dem Gedanken der gerechten Vergeltung, der das geltende StGB. beherrscht, trat der Zweckgedanke gegenüber, die Auffassung, daß es sich bei der Strafe um eine soziale Abwehr handle, und daß die Strafe, um diese Aufgabe zu erfüllen, weit mehr als bisher sich nach Art und Maß der Eigenart des Verbrechens anpassen müsse. Diese Bewegung, zunächst mit Ungestüm hervorbrechend und mit gleicher Leidenschaftlichkeit bekämpft, hat die Folge gehabt, daß weit über die Grenzen des Reichs hinaus die Grundfragen des Strafrechts nach allen Richtungen erneut durchforscht wurden und in dem heißen Kampfe der Meinungen, trotz aller grundsätzlichen Gegensätze, dennoch über wichtige Forderungen der Kriminalpolitik weitgehendes Einverständnis erzielt wurde.“



lich ist es um den Geist des Entwurfs selber ganz anders bestellt. Er hat sich nicht nur nicht neutral verhalten, womit er ja von vornherein das Todesurteil über sich gesprochen hätte, sondern er hat die moderne Richtung so grundsätzlich abgelehnt, daß er nicht einmal auf ein Kompromiß mit dieser hinauskommt. Denn was die moderne Richtung mit heißem Bemühen anstrebte, das war die Umprägung der Strafe in eine reine Präventionsmaßregel unter Preisgabe ihres Vergeltungscharakters. Demgegenüber forderte die klassische Schule, daß man das Strafrecht in Frieden lasse und das Präventionsrecht als solches kräftig ausbaue: daß man der Strafe nicht den Zweck ansinne, der Gefährlichkeit des Individuums entgegenzuwirken, und die Sicherungsmaßregeln nicht durch Einreihung in die „Strafe“ verfälsche und lähme. Mit voller Grundsätzlichkeit folgt der Entwurf diesem letzteren Programm. Er macht einen scharfen Strich zwischen „Strafe“ und „sichernden Maßnahmen“ aller Art; und er „bekennt sich zum Grundsatz der Schuldhaftung“ bei der Strafe<sup>62)</sup>, so folgerichtig, daß er über das geltende Strafrecht hinaus den unverschuldeten Erfolg als Qualifikationsmoment streicht, bindet die Strafbarkeit an feste Tatbestände, so daß namentlich Vorbereitungshandlungen, mögen sie noch so sehr die hochgradige Gefährlichkeit des Handelnden enthüllen, keine Strafbarkeit auslösen, und er verlangt (§ 106) feste, der begangenen Tat entsprechende Strafbemessung und läßt nicht etwa ein „unbestimmtes“ Strafurteil zu, so daß, entsprechend den Forderungen der Modernen, die Strafbehandlung bis zu dem Augenblick fortzuführen wäre, in dem das Individuum genügend gebändigt erscheint. Die Strafe ist nach wie vor ein Übel, das als durch Schuld und proportional zu dieser verdient erscheint, d. i. eben Vergeltung. Der Täter wird für seine Tat zur Verantwortung gezogen. Nirgends wird die Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit der Tat als Voraussetzung der Strafbarkeit fallen gelassen und durch die Gefährlichkeit des Individuums pro futuro ersetzt; nirgends wird auch nur daneben diese Gefährlichkeit als eine weitere Voraussetzung der Strafbarkeit im Entwurf erwähnt. Wenn die Modernen die Herausarbeitung besonderer sichernden Maßnahmen aus dem gegenwärtigen verschwommenen und unzulänglichen Sicherheitspolizeirecht als einen Erfolg ihrer Bestrebungen buchen wollen, so mögen sie dies immerhin deshalb tun, weil sie dabei die Rufer im Streit waren. Nur eines „Sieges“ über die klassische Richtung können sie sich deshalb nicht rühmen, weil diese sie insoweit in ihrem Kampfe unterstützte! Wenn die Modernen von einem „Siege“ sprechen wollen, so könnten

<sup>62)</sup> Denkschrift S. 21.

sie dies höchstens in dem Sinne tun, daß sie als Kriminalisten vermocht haben, die Passivität der Verwaltungsrechtswissenschaft zu überwinden.

So ist das Entwurfsstrafrecht methodisch ein Vergeltungsrecht und ein reines Vergeltungsrecht wie das bisherige Strafrecht.

Nun soll freilich darin eine grundsätzliche Neuerung liegen, daß der Entwurf jede Strafe — mit Ausnahme nur der Todesstrafe — als den „Versuch einer psychischen Einwirkung auf den Täter“ aufgefaßt wissen will<sup>63)</sup>. Aber haben es denn, zumindest seit der Aufklärungsperiode, Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft, strafgerichtliche und Strafvollzugspraxis anders gehalten? Vollzog man denn etwa bis heute die zentrale Strafart: Freiheitsstrafe ohne psychische Einwirkung? Das Einzige, worum es sich handeln könnte, wäre eine sorgfältigere Berücksichtigung des Einwirkungsmoments; und dafür kann die Gesetzgebung herzlich wenig tun, das meiste muß sie den Vollzugsbeamten überlassen; nebenbei bemerkt, wird auch die Einwirkung bei anderen Strafen als Freiheitsstrafen mehr gedacht als wirklich sein können. Jedenfalls ist es irreführend, von einer „grundsätzlichen Neuerung“ zu reden. Sollte gar damit gemeint sein, daß hier ein Kompromiß mit der Präventionstheorie vorliege, so sei daran erinnert, daß die Anhänger der Vergeltungsstrafe mit einem die Strafe begleitenden Versuch einer inneren Umwandlung des gefährlichen Individuums ja immer einverstanden waren und nur betonten, daß es sich dabei nur um Verbindung zweier Aufgaben nach Art einer Idealkonkurrenz handelte.

Eine Anpassung an die Forderungen der modernen Richtung liegt auch darin nicht, daß die Strafbemessung auf die Persönlichkeit des Täters zugeschnitten wird (vgl. Entwurf § 106). Denn im Sinne des Vergeltungsgedankens kommt es zwar einesteils auf den äußeren Unrechtsgehalt der Tat an, anderenteils aber auf das Schuldmaß, und dieses ist natürlich individuell verschieden. Was die Präventionstheorie haben will, das ist die Abhängigmachung der Strafbehandlung von der „Persönlichkeit“ in einem ganz anderen Sinne, nämlich des Grades der z. Z. der Aburteilung bestehenden Gefährlichkeit ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Schwere des Tatverschuldens, und von der Abstellung der Strafe auf dieses Moment schweigt der Entwurf. Ja er erwähnt sogar in § 106 den Erfolg der Handlung als mitbestimmend für die Strafbemessung, worin eine volle Absage an die Präventionstheorie liegt,

<sup>63)</sup> Bumke a. O.

da diese natürlich nichts anderes gelten lassen kann, als „die Persönlichkeit<sup>64)</sup>).

Eher könnte man schließlich insofern von einem Entgegenkommen des Entwurfs gegenüber der modernen Schule sprechen, als er dem Grundgedanken der „Sparsamkeit in Anwendung der Strafe“ folgt<sup>65)</sup>. Dies dann, wenn man, den Kernpunkt des heutigen Gegensatzes der Strafrechtsschulen ignorierend, den Schulenstreit um ein oder mehrere Menschenalter zurückverlegt. Als noch die Vergeltung im Sinne einer überempirischen Idee gefordert wurde, da freilich konnte folgerichtig von ihr nach „Ob“ und „Wie schwer“ kein Abstrich gemacht werden; jede schuldhaftere rechtswidrige Tat mußte notwendig von Strafe ereilt werden. Aber Kants Strafrechtsphilosophie ist insofern längst nicht mehr die unsrige. Längst haben Strafgesetzgebung und klassische Strafrechtswissenschaft den Vergeltungsgedanken mit dem Zweckgedanken verbunden, längst ist man praktisch wie theoretisch darüber einverstanden, daß nicht jede Art von schuldhaftem Unrecht zu strafen ist, und daß bei dem strafbar erklärten schuldhaften Unrecht das Strafmaß nicht unbedingt die Höhe des Vergeltungsmaßes erreichen muß, daß vielmehr die Vergeltung insoweit als sie „zwecklos“ wäre, zu unterbleiben hat. Gerade darauf beruht ja die Reduzierung der strafbaren Handlungen auf die typisch katalogisierten, die so außerordentlich weitgehende Freistellung der fahrlässigen Delikte von Strafe, die Ausschaltung der Strafbarkeit durch reine Strafausschließungsgründe. Und wenn im klassischen Lager auch in unseren Tagen noch gegen das „Absehen von Strafe“ und gegen die „bedingte Verurteilung“ Einspruch erhoben worden ist (Birkmeyer, Binding usw.), so richtete dieser Einspruch im wesentlichen nur gegen die Durchlöcherung des Strafgesetzes durch Richterspruch, gegen die Ungleichbehandlung der gesetzlich gleichgestellten Einzelfälle, gegen eine von diesen Autoren befürchtete Schädigung gerade praktischer Belange durch das Laufenlassen straffällig gewordener Individuen. Man wollte nur, daß das, was nach dem Gesetz strafbar sei, auch dementsprechend behandelt werde (vorbehaltlich nur der auf Ausnahmefälle berechneten Bgnadigung). Daß das Gesetz selber insoweit auf Strafandrohung zu verzichten habe als dies aus Zweckmäßigkeitserwägungen tunlich sei, war längst ansgemachte Sache. Ja man kann sogar sagen, daß die „Sparsamkeit im Gebrauch der Strafe“ dann eine bare Unver-

<sup>64)</sup> Angesichts des Bekenntnisses des Entwurfs zur Schuldhaftung — oben — wird übrigens § 106 dahin zu verstehen sein, daß nur die verschuldeten Folgen einen Strafzumessungsgrund ausmachen.

<sup>65)</sup> Vgl. Bumke a. O.

ständigkeit ist, wenn Strafe eine „Sicherungsmaßregel“ sein soll. Denn weshalb sollte man, wenn ein Individuum für die Gesellschaft gefahrdrohend ist, „möglichst wenig“ mit sichernden Maßnahmen ins Zeug gehen? Wenn der Sicherungszweck es ist, der die Strafe rechtfertigt, so hat die Devise der Sparsamkeit mit Strafe etwas Widersinniges an sich. Der echte „Relativist“ muß in diesem Punkte in Wahrheit „Absolutist“ sein, nur daß die „absolute Notwendigkeit“ nicht an einem überirdisch Absoluten, sondern nach der irdischen empirischen Zielsetzung bemessen wird.

Wenn somit der Entwurf bestrebt ist, das Strafrecht in enge Grenzen einzubannen, wenn er insbesondere den Richter weitgehend mit der Freiheit ausrüstet, im Einzelfalle von Strafe bedingt oder endgültig abzusehen oder sie zu ermäßigen, so verliert damit die Strafe keinen einzigen der Züge, die ihr im Sinne der Vergeltung charakteristisch sind, und nimmt keinen einzigen der Züge an, die die „Sicherungsstrafe“ kennzeichnen. Nur scheinbar und nur bei sehr oberflächlicher Betrachtung verhält sich dies dann anders, wenn gerade die Rücksicht auf Sicherung es ist, die zur Abstandnahme von Bestrafung führt (vgl. besonders Entwurf § 132: „Hält das Gericht Erziehungsmaßregeln für ausreichend, so hat es diese anzuordnen und von Strafe abzusehen“). Sachlich mag man darüber streiten, ob da, wo sich die staatliche Vergeltungsaufgabe und die staatliche Präventionsaufgabe kreuzen, jene oder diese zu weichen hat — ich selber stehe nicht an, der Sicherungsaufgabe den höheren Rang zuzuerkennen —; aber methodisch tritt gerade in diesen Fällen die Grundverschiedenheit der Strafe und der Sicherung aufs schärfste heraus, wenn man, wie dies der Entwurf tut, die die Strafe verdrängende Maßregel eben als Nichtstrafe kennzeichnet<sup>66)</sup>. Auch in dieser Hinsicht hat der Entwurf die moderne Richtung im Stiche gelassen; denn deren Bemühen war ja bekanntlich besonders bei Jugendlichen die völlige Verdrängung der Vergeltung durch „Sicherungsstrafe“.

Kann nach alledem kein Zweifel sein, daß der Entwurf dem Sicherungsgedanken mit voller Grundsätzlichkeit das Heimatsrecht im Strafrecht versagt, um ihm sein eigenes Haus zu bauen, so hat sich doch an einer Stelle ein offensichtlicher Lapsus eingeschlichen.

<sup>66)</sup> Zu beanstanden wäre in § 132 nur die Wendung „Hält das Gericht . . . für ausreichend“; das ist gedankenleer, denn „ausreichend“ ist ein Wort, das auf das Mittel zu einem Zweck hindeutet, und bedarf der Ergänzung — wofür ausreichend? Die Lücke ist indessen leicht sinngemäß auszufüllen: Sind Erziehungsmaßregeln dafür ausreichend, um dem Jugendlichen die Staatsautorität zu Gemüte zu führen, was sonst der Zweck der Strafe ist, so kann die Vergeltung auf sich beruhen bleiben.



Der § 120 verordnet, daß der mehrfach Rückfällige mit schwererer Strafe belegt werden soll, „wenn aus der neuen Tat in Verbindung mit den früheren Taten hervorgeht, daß er ein gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger, für die Rechtssicherheit gefährlicher Verbrecher ist“. Aliquando dormit bonus Homerus! Da ist zuvor mit aller Entschiedenheit klargestellt worden, daß die Sicherungsmaßnahmen es sind, die ex professo für den Sicherheitsgefährlichen bereitgestellt werden, und hier auf einmal figuriert die Gefährlichkeit als ein Umstand, der schwerere, als die verdiente Strafe nach sich ziehen soll? Denn wäre eine das gerechte Vergeltungsmaß nicht übersteigende Strafe gemeint, so hätte ja die Motivierung mit Gefährlichkeit keinen Sinn, da jene ja sowieso eintritt. Eine Motivierung, weshalb hier eine Ausnahme gemacht werden soll, fehlt. Eine solche kann auch nicht gegeben werden, denn für dieselben Leute bestimmt der § 100, daß gegen sie neben der Strafe auf Sicherungsverwahrung zu erkennen sei. Weshalb diese nicht sogleich einsetzen soll, der Verbrecher vielmehr erst noch länger als gerecht ist als Sträfling behandelt werden soll, ist unerfindlich. Das bedeutet eine Verleugnung der Gerechtigkeit, ohne daß damit dem Sicherungsgedanken irgendwie gedient wäre <sup>67)</sup>.

## 2. Nichtstrafrecht im Entwurf.

Die systematische Gliederung des Rechts ist Sache der Rechtswissenschaft. Mag die Gesetzgebung in ein Gesetzbuch noch so viel systematisch Nichtzusammengehöriges hineingestopft haben, oder mag sie den systematisch einheitlichen Stoff durch auseinanderliegende, insbesondere zeitlich geschiedene Gesetze geregelt haben, — die Wissenschaft überwindet die Systemlosigkeit der Gesetzgebung. Aber so richtig dies ist, so sehr erleichtert doch die Gesetzgebung der Wissenschaft und mit ihr der Praxis die Aufgabe eines klaren planmäßigen Überblicks über den Rechtsstoff, wenn schon sie systematisch vorarbeitet. Treffend sagt Mohl <sup>68)</sup>: „Die erste Bedingung einer guten Ordnung ist, daß ein Gesetz sich nur mit einem Gegenstande beschäftige. Solches erleichtert gar sehr den

<sup>67)</sup> Eine noch stärkere Entgleisung stellt der mit 45 gegen 31 Stimmen gefaßte Beschluß des Bamberger Juristentages dar: „gegenüber vielfach rückfälligen, gemeingefährlichen Verbrechern unbestimmte Strafurteile in Erwägung zu ziehen“ (Vgl. Rosenfeld, DStrRZ. 8 271). Was — mit Recht — dabei angestrebt ist, das ist lediglich die Ermöglichung einer Festhaltung dieser Verbrecher auf so lange als es im Interesse der Sicherheit erforderlich erscheint ohne zuvorige urteilsmäßige Fristsetzung. Das bedeutet eine sichernde Maßnahme und hat mit dem „Strafurteil“ nichts zu tun.

<sup>68)</sup> Staatsrecht, Völkerrecht und Politik 2 446 (in seiner Abhandlung über „Die Abfassung der Rechtsgesetze“).

Gebrauch, bewahrt vor Verirrung in den Grundsätzen und verhütet Nichtbeachtung, welche leicht eine an unvermutetem Orte befindliche Vorschrift trifft.“ Danach sollte ein Strafgesetzbuch — auch schon im Entwurf — eben ein Strafgesetzbuch und nichts weiteres sein. Demgegenüber enthält unser Entwurf eine stattliche Anzahl von Paragraphen, die — im Sinne der Verbrechensprophylaxe — in das Verwaltungsrecht übergreifen, und eine weitere Reihe solcher, die in das strafprozessualische Gebiet hineinfallen. Das ohne weiteres zu mißbilligen, wäre natürlich Pedanterie. Immerhin ist eine Reinhaltung eines Gesetzbuchs von heterogenen Bestandteilen etwas so Zweckmäßiges, daß ein Abgehen von dieser Regel besonderer Rechtfertigung bedarf. Wer dafür eintritt, daß Dinge, die mit der Strafbarkeit und ihren Voraussetzungen nichts zu tun haben, just im Strafgesetzbuch geregelt werden, trägt die Beweislast dafür, wieso dies praktischer sei als die gesonderte gesetzliche Regelung.

I. Was die Miterledigung der Sicherungsmaßregeln anlangt, so bedeutet es einen unverkennbaren Vorzug, wenn der Strafrichter, dem ja die Verhängung dieser Maßregeln zgedacht ist, ein einheitliches Gesetzbuch in der Hand hat, das die Normen für Strafe und für Sicherung enthält. Demgegenüber mag es auch unwesentlich sein, daß sich vom Standpunkte derjenigen Verwaltungsbehörden, die nur mit den Sicherungsmaßregeln zu schaffen haben, das Strafgesetzbuch einen unnötigen Ballast bedeutet. Auch das wird man ruhig hingehen lassen können, daß sich das Gesetzbuch mit einer *denominatio a potiori* oder einer *pars pro toto* „Strafgesetzbuch“ nennen soll — obwohl ich nicht wüßte, weshalb nicht auch die Überschrift „Straf- und Sicherungsgesetzbuch“ angängig sein sollte.

Was aber bei einer Unterbringung der beiden Rechtsteile unter einem Dache sorgfältig vermieden werden sollte, das ist die Durcheinandermengung der strafrechtlichen und der sicherungsrechtlichen Parteien. In dieser Hinsicht ist es mit dem Entwurf übel bestellt. Offenbar ist die Selbsttäuschung, als huldige der Entwurf einer Strafvereinigungstheorie, so mächtig gewesen, daß man trotz aller innerlichen Auseinanderlegung von Strafe und sichernden Maßnahmen äußerlich beide sorglos im Durcheinander stehen ließ. Wer das Bedürfnis hat — und das ist ein hervorragendes praktisches Bedürfnis — einesteils das ganze Strafrecht geschlossen und anderenteils ebenso geschlossen das neue Sicherungsrecht zu überblicken, kommt nicht auf seine Rechnung; er muß sich erst mühsam die *dissecta membra* zusammensuchen. Und dabei ist das systematisch Gebotene zugleich das technisch Einfachste: man zerlege das ganze Gesetzbuch in ein erstes Buch: das Strafgesetzbuch, und füge ihm als zweites Buch die Normen über Verbrechensprävention an.

Bei solchem Verfahren würden auch eine Anzahl von methodischen Mängeln sichtbar geworden sein, an denen die dem Sicherungsrecht gewidmeten Teile des Entwurfs leiden. Es ist begreiflich, daß es bei der Neuheit der Aufgabe nicht sogleich geglückt ist, volle Klarheit zu erzielen. Aber die Unklarheiten des Entwurfs sind tief- und weitgreifend, und die Gesetzgebung wird in ihrem weiteren Fortschreiten notwendig auf deren Ausmerzung bedacht sein müssen. Ein Symptom für diese methodische Unfertigkeit ist die Zerfahrenheit der Terminologie. Der Entwurf läßt die Maßregeln, von denen er spricht, in 3 Abschnitten aufmarschieren:

9. Abschnitt: „Strafen.“

11. Abschnitt: „Nebenstrafen und Nebenfolgen.“

12. Abschnitt: „Maßregeln der Besserung und Sicherung.“

Danach zerfielen sie also in 5 gleichgeordnete Klassen: 1. Strafen; 2. Nebenstrafen; 3. Nebenfolgen; 4. Besserungsmaßregeln; 5. Sicherungsmaßregeln. Es wird also ein Gegensatz aufgerichtet zwischen Strafen und Nebenstrafen, als ob letztere nicht auch Strafen seien, und nicht vielmehr der 9. Abschnitt „Strafen“ die Gruppen 1. Hauptstrafen; 2. Nebenstrafen in sich aufzunehmen hätte. Es wird weiter ein Gegensatz aufgerichtet zwischen Nebenstrafen und Nebenfolgen, während die Nebenstrafen, solange man das „Neben“ als gegensätzlich zur Hauptstrafe faßt, nur eine Unterart der „Nebenfolgen“ sind, oder, wenn man das „Neben“ als Gegensatz zur Strafe überhaupt faßt, Nebenstrafen und Nebenfolgen überhaupt auseinanderfallen. Es wird weiter verkannt, daß Besserung und Sicherung nicht koordiniert nebeneinander gehören, sondern die Besserungsmaßregeln eine Art der Sicherungsmaßregeln sind; nämlich die durch das spezifische Mittel der Besserung charakterisierte Maßnahme, um die Gesellschaft vor neuen Taten des Individuums sicherzustellen. Ganz unverständlich ist schließlich, wie die Denkschrift (S. 353) die „Erziehungsmaßregeln“ des § 132 wiederum als einen besonderen Begriff behandeln kann, der im Gegensatz zu den bessernden und sichernden Maßnahmen steht.

Schließlich besteht auch zwischen den sichernden Maßnahmen des 12. Abschnitts und den „Nebenfolgen“ doch kein Gegensatz: jene sind doch ebenfalls „Nebenfolgen“; denn sie treten nicht nur in weitem Umfang als zusätzlich mit der Strafe verbunden auf, sondern sie charakterisieren sich auch systematisch als Maßregeln, die das Gesetzbuch außer der Strafe, also „neben“ dem Hauptgegenstand des Gesetzbuchs, erwähnt.

Der innere Grund für diesen terminologischen Wirrwarr ist offenbar der, daß die Verfasser des Entwurfs wegen des Wesens der Urteilsbekanntmachung und der Einziehung in Verlegenheit

waren<sup>69)</sup>. Sie fanden für diese Maßregeln, daß sie „Nebenfolgen“ seien, waren mit sich aber über Straf- oder Nichtstrafcharakter nicht im Reinen und überschrieben den 11. Abschnitt, der außerdem noch die Ehrenstrafen und den Schadensersatz erwähnt, kurzerhand „Nebenstrafen und Nebenfolgen“. Für die Einziehung — §§ 83—86 — verrät uns dies die Denkschrift (S. 80) ausdrücklich: „ob die Einziehung im einzelnen Falle als Strafe oder als polizeiliche Maßregel anzusehen sei, bleibt nach wie vor der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen.“ Es wird also allen Ernstes angenommen, die Einziehung sei von selber Strafe oder Nichtstrafe, und es sei ein reines Erkenntnisproblem, zu ermitteln, ob sie dies oder jenes sei (noch dazu „im einzelnen Falle“!), und als bleibe dem Gesetzgeber, der hierin nicht klar sehe, nichts übrig, als zu schweigen. Als ob nicht für das derzeit geltende Strafrecht alle Auslegung nur deshalb in Streitfragen hineingeraten wäre, weil der Strafgesetzgeber seine Zielrichtung nicht deutlich kundgegeben hat. Selbstverständlich hängt der Straf- oder Nichtstrafcharakter der Einziehung ausschließlich von der Funktion ab, die ihr der normierende Rechtswille zugedacht hat; sie „ist“, d. h. bedeutet Strafe oder sichernde Maßnahme, je nachdem wozu der Gesetzgeber sie macht. Hier muß notwendig Klarheit geschaffen werden (und zwar nicht für „die einzelnen Fälle“, die ja überhaupt nicht Rechtsregelungsgegenstand sind, sondern entweder einheitlich oder nach Fallgruppen). Das Gleiche gilt für die in § 82 erwähnte Urteilsbekanntmachung, für die sich in der Denkschrift S. 79 eine ganz ungenügende Erörterung findet. Auch hier muß sich der Gesetzgeber darüber klar werden, ob er die Maßregel als Nebenstrafe oder zu welchen Zwecken sonst er sie will; namentlich hat es doch gar keinen Sinn, die alte Streitfrage ins neue Recht hinüberzuschleppen, ob die Bekanntmachung noch nach dem Tode des Verurteilten statthaft ist<sup>70)</sup>.

<sup>69)</sup> Vgl. zum folgenden auch Gerland, S. 69.

<sup>70)</sup> Übrigens sollte m. E. erwogen werden, ob nicht die völlige Beseitigung aller „Nebenstrafen“ am Platze wäre. Im Grunde haben sich alle dahin (mit Recht oder Unrecht) gerechneten Maßregeln nur deshalb in das Strafrecht eingeschmuggelt, weil man früher kurzerhand alle nebenher zu treffenden Vorkehrungen ungeprüft als Neben-„Strafe“ ansah. Nun mag es richtig sein, daß man teilweise diesen Vorkehrungen den Charakter eines Übels, das der Betroffene als Übel empfinden soll, beilegen kann, z. B. den Verlust der Ehrenrechte als mit darauf berechnet ansehen kann, daß dem Täter seine Unwürdigkeit zum Bewußtsein gebracht werde, also wirklich eine Ehrenstrafe vorliege. Allein bei näherem Zusehen zeigen sich alle bisherigen Nebenstrafen doch primo loco als auf ganz andere Zwecke berechnet (Reinerhaltung bestimmter Gebiete des öffentlichen oder privaten Lebens von unlauteren Elementen u. dgl.), und deshalb liegt es viel näher, sie als einfache Nebenfolgen ohne Strafcharakter, als Maßregeln, quae rem



So kann es nicht wundernehmen, wenn das neue Vorbeugungsrecht des Entwurfs überhaupt einen gedanklich unfertigen und rechtspolitisch unbefriedigenden Charakter trägt. Man sollte meinen, daß, sobald sich das zielgerechte Denken von der Verquickung der Strafe mit den sichernden Maßnahmen losgerungen hat, letztere nun auch sogleich in ihr volles Recht eingesetzt und von dem begangenen Verbrechen als einer Voraussetzung für sie losgelöst werden müßten. Auch wenn man betont, daß das Individuum selber davor gesichert werden müsse, daß es nicht ins Blaue hinein dem Sicherungszwang unterworfen werde, so ist doch erfahrungsgemäß das begangene Verbrechen nicht das einzig mögliche Symptom für Gefährlichkeit eines Menschen. Wer wollte bestreiten, daß unbeabsichtigter Selbstverrat vor begangener Tat oder Verrat durch abtrünnig gewordene Spießgesellen volles Licht über die unheilvollen Pläne verbreiten können? Daß auch schon eine Vorbereitungshandlung die gleiche Offenbarung geben kann? Und da soll die Staatsgewalt Gewehr bei Fuß stehen bleiben müssen? Tatsächlich läßt aber der Entwurf grundsätzlich das „postquam peccatum est“ als Voraussetzung für Vorbeugungsmaßregeln stehen und schwächt diese Voraussetzung nur zum Teil dahin ab, daß die Tat nicht schuldhaft begangen zu sein brauche. Hier ist gründliche Arbeit vonnöten.

Ganz und gar versagt der Entwurf schließlich hinsichtlich der Eingliederung seiner Sicherungsmaßnahmen in das bestehende Verwaltungs- (Sicherungspolizei-) Recht. Daß fortan nur noch die im Entwurf aufgeführten Sicherungsmaßnahmen verhängbar sein sollen, ist ja sicher nicht gemeint. Was aber bleibt dann der Polizei? Gewiß soll diese nicht mit dem Strafrichter konkurrieren können, d. h. die ausdrücklich genannten Maßregeln bei Gegebensein der gesetzlichen Voraussetzungen nicht ihrerseits handhaben können. Aber wie, wenn die Angelegenheit wegen Strafbarkeitsmangels schon im nichtgerichtlichen Vorverfahren stecken bleibt? Soll z. B. die in § 88 vorgesehene Verwahrung des Geisteskranken aus-

persequuntur, nicht quae vindictam spirant, zu verordnen. (Ähnliche Erwägungen hinsichtlich der Ehrenstrafen bei Freisler, Ztschr. f. Str.RWiss. 42 441.) Es kommt dazu, daß die Festhaltung des Strafcharakters eigentlich nur Sinn hat, wenn man unterstellt, daß die Tat durch die Hauptstrafe noch nicht genügend geahndet sei, was sich aber schwerlich behaupten läßt. Praktisch würde diese Überführung der Nebenstrafen in nichtkriminelle Nebenfolgen in keiner Weise schädlich sein, im Gegenteil im Hinblick auf das Absorptionsprinzip bei Idealkonkurrenz vorteilhaft sein. — Daß sich die vorstehende Anregung nur gegen die echten Nebenstrafen richtet, also gegen die unselbständigen Strafarten, und nicht gegen die Verbindung mehrerer Hauptstrafen (z. B. Geldstrafe „neben“ Gefängnis), bedarf kaum der Hervorhebung.

geschlossen sein, wenn schon die Staatsanwaltschaft das Verfahren eingestellt hat, oder soll auch dann ein strafrichterliches Urteil nötig sein, oder soll hier die Verwaltung eingreifen können? Und soll post delictum commissum die Polizei nicht gegebenenfalls andere als die dem Strafrichter vorbehaltenen Sicherungsschritte tun können? Inwieweit soll das Vorbeugungsrecht des Entwurfs hinsichtlich der Abgrenzung vom Reichs- und Landesrecht und hinsichtlich des zeitlichen Herrschaftsbereichs der Gesetze aus dem sonstigen Sicherheitspolizeirecht herausgenommen sein? Solange nicht die neuen Spezialmaßnahmen in ein klares Verhältnis zu dem gesamtem Verwaltungsrecht gesetzt sind, tappt man hier auf Schritt und Tritt im Dunklen.

II. Kann man sich nach dem Vorausgeführten damit abfinden, daß — freilich in reichlich zu klärender Weise — das Vorbeugungsrecht im Strafgesetzbuch miterledigt wird, so gilt es um so mehr, nach anderer Richtung eine Reinigungsprozedur vorzunehmen. Der Entwurf gibt nämlich eine ganze Anzahl rein strafprozeßrechtlicher Bestimmungen, und man wird auf dieses unmethodische Verfahren nur sein Augenmerk zu richten haben, um sofort inne zu werden, daß er dabei nur einen alten Schlendrian fortsetzt, ohne daß auch nur die mindesten praktischen Motive dafür vorlägen, daß vielmehr umgekehrt die Überlassung dieser Bestimmungen an die Strafprozeßordnung einen praktischen Gewinn bedeutet. Es ist an der Zeit, mit der Ineinanderwirrung von „Strafbarkeit“ und „Verfolgbarkeit“ oder „Verfolgung“ aufzuräumen. Wer sähe nicht, daß zwei scharf getrennte Regelungsgegenstände in Frage stehen? Der eine ist das Strafleiden mit seinen Voraussetzungen, unter denen es dem Individuum als Rechtsfolge seines Verhaltens zugebracht wird. Der andere ist die Tätigkeit der Strafjustiz mit den Voraussetzungen, unter denen sie stattzufinden hat. Natürlich steht nicht a priori fest, welche Umstände die Strafbarkeit selber, und welche nur das Verfahren bedingen; das normiert erst die Rechtsordnung. Aber jedenfalls hat sich der Gesetzgeber darüber klar zu sein, ob er einen bestimmten Umstand so einschätzt, daß ohne ihn keine Strafe verwirkt sein soll (im Prozeß also Freisprechung zu erfolgen hat), oder ob er durch ihn lediglich die Verfolgung bedingt sein lassen will, so daß bei seinem Fehlen der Prozeß zur rein formalen Erledigung gelangen muß, und andererseits außerhalb des Prozesses (im Strafprozeß gegen einen anderen Beschuldigten, in einem Zivilprozeß, im privaten Leben) die vorhandene Strafbarkeit unverkürzt zur Geltung kommt. Alle Umstände, die im letzteren Sinne gemeint sind, gehören in die Strafprozeßordnung und nicht ins Strafgesetzbuch. Erst recht fallen aus

letzterem alle Vorschriften heraus, die das *quomodo* der Prozedur betreffen. Für die Einfügung von Strafprozeßsplittern in das StGB. kann vom praktischen Standpunkte aus sicher nicht das Geringste geltend gemacht werden; umgekehrt gestaltet sich die Handhabung der Strafprozeßordnung bei solchen Verfahren lästig, weil sie dann in ihrer Lückenhaftigkeit ein mangelhaftes Bild gibt und den *leges fugitivae*, die an falschem Platze stehen, nachzujagen nötigt.

Der Entwurf hat auf die erforderliche Sonderung so wenig Bedacht genommen, daß er „Verfolgung“ und „Strafbarkeit“ geradezu für Synonima erachtet. Das erhellt schon z. B. aus § 1 ff., wo das „Gelten der Strafgesetze“ für Inlandstaten und die „Verfolgung“ der Auslandstaten einander so gegenübergestellt werden, als handle es sich um einen identischen Regelungsgesichtspunkt. Gewiß ist das ja nur die alte Sünde, die auch das geltende Strafgesetzbuch begeht. Aber es ist doch nur zweierlei möglich: entweder soll im Sinne des Gesetzgebers die Strafbarkeit vom Tatort unabhängig, dessen Inlands- oder Auslandscharakter vielmehr nur für die Verfolgbarkeit maßgebend sein, und dann gehören diese Bestimmungen in die StPO. und es muß bei Fehlen der betr. Voraussetzungen zur Einstellung des Verfahrens kommen; oder es soll sich wirklich um „internationales Strafrecht“ handeln, die Auslandstat also straflos sein, und dann darf nicht gesagt werden, daß die Verfolgbarkeit in Frage stehe. Wie wenig Beachtung die logisch gebotene und dabei so einfache Scheidung zwischen Strafrecht und Strafprozeß gefunden hat, dafür ist auch eine Stelle der Denkschrift bezeichnend. Hier heißt es auf S. 21: „In einzelnen Fällen ist die Verfolgung einer Straftat an Tatsachen geknüpft, die außerhalb der Schuld des Täters liegen (gemeint ist: auf die sich im Sinne der Schuld die Vorstellung des Täters bzw. die Möglichkeit einer solchen nicht bezogen zu haben braucht), wie die Verfolgung des Ehebetrugs an die Nichtigkeitserklärung, die Verfolgung des Ehebruchs an die Scheidung der Ehe (§§ 338, 339).“ Also im allgemeinen sollen die Bedingungen der Strafverfolgung für die Schuld bedeutsam sein, es also zum *dolus* gehören, daß der Täter ihr Vorliegen gekannt haben muß, zur Fahrlässigkeit, daß er sie sich hätte vorstellen können, und nur „in einzelnen Fällen“ soll dies anders sein? Dann entbehrte also der Täter des *dolus*, der sich z. B. irrtümlich für gerichtsfrei gehalten oder der bestimmt angenommen hatte, eine Klage — die ja eine Bedingung der gerichtlichen Verfolgung ist — werde unterbleiben. In Wahrheit spielen die Verfolgungsbedingungen natürlich für die Strafbarkeit gar keine Rolle; sie brauchen nicht einmal objektiv vorzuliegen, damit Strafbarkeit gegeben sei, geschweige denn, daß jemand auf den Gedanken

kommen könnte, daß ihre Kenntnis oder Nichtkenntnis für die Feststellung der Schuld in Betracht käme. Soweit es sich um die Ehenichtigterklärung bei Ehebetrug, die Ehescheidung bei Ehebruch handelt, steht es dem Gesetzgeber frei, sie zu Bedingungen der Strafbarkeit (und dabei wieder zu Elementen des gesetzlichen Tatbestands oder zu objektiven Bedingungen der Strafbarkeit) oder aber zu solchen der Verfolgbarkeit zu machen; aber er muß jedenfalls die Bedeutung seiner Entscheidung richtig erfassen<sup>71)</sup>.

Aus dem Entwurf werden im Sinne dieser Auseinanderlegung von Strafprozeßrecht und Strafrecht eine ganze Reihe von Bestimmungen auszumerzen sein.

1. Aus den Bestimmungen, die das „internationale Strafrecht“ angehen, werden zwar diejenigen, die die Bedeutung der Auslandstat und der Ausländertat festlegen, vermutlich als echte strafrechtliche gedacht sein, so daß hier vielmehr die von „Verfolgung“ redende Ausdrucksweise durch „Strafbarkeit“ zu ersetzen wäre. Würden doch auch, wenn schon die Verfolgbarkeit durch den Inlandscharakter des Tatorts usw. bedingt sein sollte, in jedem Verfahren vor den Ermittlungen über die Tat selber deren internationale Beziehungen festzustellen sein, weil die Prüfung der Zulässigkeit der Prozedur für sachliche Prüfung bedingend ist. Dagegen gehört die Bestimmung, daß bei Auslandsdelikten die Verfolgung nur stattfinden „kann“, in engstem Verbande zu der prozeßrechtlichen Festlegung des Legalitätsprinzips als eine Durchbrechung dieses Prinzips. Ferner sind auch § 3 Ziffer 1 und 3, § 80, die wirklich nur von Prozeßzulässigkeit sprechen, in die StPO. hinüberzunehmen.

2. Rein prozessual ist auch die Bestimmung des § 86 über Zulässigkeit eines objektiven Verfahrens.

3. Das Gleiche gilt für § 141 (Vermögensbeschlagnahme bei Hochverratsuntersuchungen).

4. Verkapptes Strafprozeßrecht bietet § 87, wenn er eine Adhäsion für Schadensersatzansprüche zuläßt; mit dem materiellen Strafrecht hat diese Bestimmung schlechterdings nichts zu tun<sup>72)</sup>.

5. Reine Vollstreckungsfragen regeln die §§ 56 II und 57, insofern sie sich auf Fristsetzung, Teilzahlung und Beitreibung bei Geldstrafen beziehen, somit nicht eine vom Richter im Urteil zu

<sup>71)</sup> Vgl. hierzu auch meine Ausführungen in Ztschr. f. StrRWiss. 39 662—664.

<sup>72)</sup> Es ist bezeichnend, daß sich auch der Entwurf des Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen (§ 404) der Regelung dieser Materie angenommen hat. Daß die beiden Entwürfe inhaltlich nicht miteinander übereinstimmen, zeigt, wohin man kommt, wenn man nicht die Frage der systematischen Einstellung vorab klärt.



beachtende Art und Weise oder Bedingung der Strafbarkeit betreffen, sondern hinter dem Urteil zur Geltung kommen.

6. Auch bei der Vollstreckungsverjährung (Entwurf § 125) wird man sich fortan der Erkenntnis nicht entziehen dürfen, daß sie ein strafprozessuales Institut ist; sagt doch der Entwurf selber: „Die Vollstreckbarkeit . . . erlischt . . .“ — also eben nicht die Strafbarkeit selber, sondern die Zulässigkeit staatlicher Tätigkeit<sup>73)</sup>.

Hinsichtlich der sog. Verfolgungsverjährung ist erfreulich, daß der Entwurf die für das geltende Recht bestehende Streitfrage abschneidet, ob sie nur die Verfolgbarkeit beende oder (was m. E. das Richtige ist) ein Strafaufhebungsgrund sei. Und zwar entscheidet er sich im letzteren Sinne. Der Text des § 121 lautet: „Die Strafbarkeit einer Tat<sup>74)</sup> . . . erlischt“, und die Denkschrift S. 108 erweist, daß hier die Verfasser des Entwurfs die Verschiedenheit von Verfolgbarkeit und Strafbarkeit klar vor Augen hatten. Von diesem Standpunkte aus gehört natürlich die Regelung dieser Verjährungsart in das StGB.; ihr hergebrachter Name wird in Zukunft mit der Bezeichnung „Strafbarkeitsverjährung“ zu vertauschen sein. Dagegen wären die §§ 125—128 des Entwurfs auszuscheiden und der StPO. zu überweisen.

7. Der Abschnitt über den Strafantrag (§§ 38 ff.) wäre sachgemäß in das StGB. einzustellen, wenn der Gesetzgeber davon ausginge, daß der Antrag eine Bedingung der Strafbarkeit sei, daß also die Tat strafrechtlich überhaupt unbeachtlich sei, solange nicht der Verletzte usw. seinen Antrag gestellt habe, und folgeweise bei Fehlen des Antrags freizusprechen wäre. Es steht natürlich ganz beim Gesetzgeber, dem Strafantrag diese Bedeutung zu verleihen. Aber da das Strafgesetz das Ob und Wie der Strafbarkeit nach dem Tatwert bestimmt, dieser aber schwerlich verschieden ist, je nachdem ob mehr oder weniger zufällig ein Strafantrag nachfolgendes gestellt oder nicht gestellt wird, und man allenfalls nur für sinngemäß befinden würde, daß eine nachfolgende Verzeihungserklärung (gerichtliche oder außergerichtliche) als Strafaufhebungsgrund auf-

<sup>73)</sup> Gerland, Krit. Bemerkungen zum allgem. T. des Entw., S. 107 meint, daß auch die Vollstreckungsverjährung primo loco die Strafbarkeit und erst infolgedessen auch die Vollstreckbarkeit beseitige. Aber die Vollstreckungsverjährung greift doch auch dann Platz, wenn Strafbarkeit überhaupt nicht bestand (Verurteilung eines Unschuldigen). Und umgekehrt: die bestehende Strafbarkeit der Tat wird durch die Vollstreckungsverjährung nicht berührt, was sich praktisch darin zeigt, daß immer noch eine Wiederaufnahme des Verfahrens zum Behufe der Bestrafung aus einem härteren Strafgesetz möglich ist; die Vollstreckungsverjährung verhindert eben nur die Vollstreckung des tatsächlich ergangenen Urteils.

<sup>74)</sup> Es würde besser heißen: „eines strafbar Gewordenen.“

genommen würde, so liegt jedenfalls die prozessuale Auffassung viel näher. Sie entspricht ja auch der durchaus herrschenden Lehre für das geltende Recht. Der Entwurf hat sichtlich keine gegenteilige Willensmeinung (wobei man gar kein Gewicht darauf zu legen braucht, daß in § 39 IV und in Denkschrift S. 49 die „Verfolgung“ als dasjenige erscheint, was von der Antragstellung abhängig ist). Ist dem so, so sind die Bestimmungen über die antragsberechtigten Persönlichkeiten, über die Antragsfrist, über Wirksamkeit der Zurücknahme usw. in die StPO. einzustellen, wohin die Bestimmung über die Antragsform ja schon den Weg gefunden hat (StPO. 156 II). Für den heutigen die Strafantragsregelung zerreißenen Zustand der Gesetzgebung wird sich gewiß kein Wortführer melden.

Erörterungsfähig wäre nur, ob im Besonderen Teil die einzelnen Verbrechenarten, die zu Antragsdelikten erklärt werden sollen, durch die jedesmalige Wendung „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein“ kenntlich gemacht werden sollen. Aber es besteht sicher ein praktisches Bedürfnis nach einer gesetzlichen Zusammenstellung des Katalogs der Antragsdelikte, und diese gehört an die *sedes materiae*. Gewiß soll nicht verkannt werden, daß die Benutzung des StGB. praktisch erleichtert wird, wenn bei jedem Paragraphen des Besonderen Teils hervortritt, ob es sich um ein Antragsdelikt handelt. Aber genau das gleiche Bedürfnis besteht z. B. für die Frage, welche Kategorie von Gerichten sachlich zuständig ist; und doch hat der Gesetzgeber lediglich im GVG. die zusammenfassende Zusammenstellung geboten und nicht das StGB. mit Einzelnotizen belastet. Entsprechendes gilt für die Frage, ob das Delikt privatklagefähig ist. Wenn die Praxis mit diesem Verfahren gut ausgekommen ist, so wird das Gleiche gelten, wenn fortan das Strafgesetzbuch auch hinsichtlich der Notiz, daß ein Antragsdelikt vorliege, bereinigt wird. Es genügt für das praktische Bedürfnis ja vollkommen, wenn die privaten Textausgaben des StGB. (und die Kommentare) genau wie sie dies hinsichtlich der Zuständigkeit getan haben, so auch hinsichtlich des Charakters als Antragsdelikt die erforderlichen Randbemerkungen dazu drucken lassen.

8. Nur angedeutet sei, daß auch das intertemporale Strafrecht (Entw. § 6) nicht in ein StGB., sondern in die StPO. gehört: es regelt nicht das Ob, die Art und die Voraussetzungen des Strafleidens, das jemanden treffen soll, sondern dient ausschließlich der Lösung der rein strafprozeßrechtlichen Frage, welches materielle Recht als Textbuch für die Rechtsanwendung zugrunde gelegt werden soll.

### 3. Zwei Arten Strafrecht?

Mit unverkennbarer Genugtuung bucht die Denkschrift es als einen Fortschritt, daß der Entwurf die Scheidung des eigentlichen Strafrechts (für „kriminelles Unrecht“) und des „Polizeistrafrechts“ vollzogen habe. Die Grenzen zwischen beiden, meint Bumke a. O., seien im heutigen Recht verwischt, schädliche Wirkungen seien nicht ausgeblieben. Der Entwurf ist deshalb zerlegt in ein Verbrechen- und Vergehens-Gesetzbuch einesteils, und ein besonderes Übertretungsgesetzbuch anderenteils, das letztere als „Polizeistrafrechts“-Regelung aufgefaßt.

Die systematische Ausgliederung eines „Polizeistrafrechts“ ist nun entweder als eine sachlich-grundsätzliche oder als eine nur technische denkbar.

Sachlich ist wiederum zweierlei denkbar:

1. Entweder empfindet der Gesetzgeber das Bedürfnis, neben die „Strafe“ eine einigermaßen ähnliche Maßregel, die doch andersartigen Sinn als jene hat, zu stellen, etwa eine solche, die nicht oder nicht notwendig als Übel für die Betroffenen erscheint, oder die nicht als verdientes Übel gedacht ist, so daß entweder gar kein rechtswidriges Verhalten als Voraussetzung vorzuliegen braucht, oder wenigstens vom Verschulden des Täters abgesehen wird, wobei dann auch die Bindung dieser Maßregel an „gesetzliche Tatbestände“ entfallen könnte. Bei klarem Denken müßte sich der Gesetzgeber dann natürlich Rechenschaft darüber ablegen, welchen Sinn dann diese Maßregel haben soll, und nicht nur vermeiden, die „Technik des Strafrechts“ auf dieses „Strafrecht ohne Kriminalrecht“<sup>75)</sup> zu übertragen, sondern auch die irreführende Bezeichnung als „Polizeistrafe“ und „Polizeistrafrecht“ überhaupt vermeiden. Es würde sich um eine gesetzgeberische Aufgabe sui generis handeln.

2. Oder dem Gesetzgeber steht eine besondere Gruppe von Verhaltensweisen in ihrer Eigenschaft als regelrecht strafbaren Handlungen derart vor der Seele, daß ihre Eigenart wertlich eine qualitativ gesonderte Behandlung innerhalb des Strafrechts herausfordert. Es könnten etwa die Handlungen „reinen Ungehorsams“ im Gegensatz zu den Verletzungs- und den Gefährdungsdelikten abgesondert werden; oder die Gruppe der gegen Polizeiinteressen oder Polizeianordnungen anlaufenden Handlungen; oder es könnte die Schnittlinie so gelegt werden, daß das zwar rechtswidrige und mit Rechtsschuld belastete, aber doch moralisch einwandfreie Verhalten dem auch sittlich üblen Verhalten gegenübergestellt würde.

<sup>75)</sup> Spiegel, Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 131/2.

Nichts von alledem ist es, was den „Übertretungs“-Abschnitt des Entwurfs charakterisiert. Die Strafe für Übertretungen ist qualitativ Strafe wie andere auch. Davon, daß die Übertretungen spezifische Richtung gegen die Polizei hätten, kann entfernt keine Rede sein; ebensowenig von einer Identifizierung der Übertretungen mit dem „bloßen Ungehorsam“<sup>76)</sup>. Eine Verbriefung für den Täter einer Übertretung endlich, daß er nicht unmoralisch gehandelt habe, und als Gegenstück dazu die Festnagelung der Verbrechens- und Vergehenstäter auf Unmoralität, mag zwar den Verfassern des Entwurfs vorgeschwebt haben (wie überhaupt den Befürwortern der Absonderung eines „Polizeistrafrechts“); aber offenbar können Übertretungen des Entwurfs sehr unmoralisch sein (sollte nicht z. B., wer Hunde auf Menschen hetzt, sogar gewöhnlich der Rücksichtnahme auf andere ermangeln, die das Sittengesetz verlangt?!), und umgekehrt verbindet sich mit dem Charakter einer Tat als Verbrechen oder Vergehen nach dem Entwurf nicht notwendig ein moralisches Mißwerturteil, zumindest insoweit nicht, als für sie die Möglichkeit „nicht ehrloser Gesinnung“ anerkannt und nur eine custodia honesta bereitgestellt wird. Es leuchtet ja auch ein, daß die Einteilung der Handlungen als moralisch gut oder böse überhaupt nicht nach figürlichen Gruppen vorgenommen werden kann. Will der Gesetzgeber ernsthaft und nicht bloß zum Schein das moralische Moment als Einteilungsprinzip verwenden, so kann er dies nur im Bereiche der Verbrechensfälle, nicht der begrifflichen Verbrechensarten. Übertretungen wären dann diejenigen Fälle, die, einerlei um welchen gesetzlichen Tatbestand es sich handelt, kein mißbilligendes moralisches Urteil gegen sich haben. So aber verfährt der Entwurf eben nicht; und daß er sich die Übertretungen als ihrer großen Masse nach meist nicht unmoralisch vorstellt, läßt, ganz abgesehen davon, daß dies sehr fragwürdig ist, jedenfalls die Wahrheit ganz unberührt, daß auch in seinem eigenen Sinne die Übertretungen eben begrifflich nicht mit dem moralisch untadelhaften Verhalten identisch sind.

Die Denkschrift behauptet demgegenüber (S. 350), daß „das innere Wesen der Handlung“ unterscheidend sei; aber sie verrät nicht, was damit gemeint sein soll<sup>77)</sup>. Im Gegenteil: Alle weiteren

<sup>76)</sup> Der Entwurf kennt Übertretungen mit Verletzungs- und Gefährdungscharakter, vgl. z. B. §§ 425<sup>1</sup>, 433 usw., und reinen Ungehorsam im Bereiche der Vergehen, vgl. z. B. §§ 199, 200, 201, 250, 299, 401.

<sup>77)</sup> Gegen die „innerliche“ Absichtung zutreffend v. Hippel Ztschr. f. Str.RW. 42 410. Auch die Denkschrift zum italienischen Vorentwurf (1921) räumt S. 5 (182) ein, daß sich das Polizeistrafrecht nicht „materiell“ unterscheide. Lobe Dtsch. Richterzeitung 1921 S. 99 behauptet,



Erörterungen der Denkschrift (S. 8, 9, 349) kommen darauf hinaus, daß unter der Bezeichnung als Polizeidelikte einfach „die leichtesten Verstöße“ herausgegriffen werden<sup>78)</sup>. Es handelt sich um einen rein quantitativen Unterschied<sup>79)</sup>. Tatsächlich zeigt auch der § 402 des Entwurfs, daß es sich einfach um eine zusammenfassende Namengebung für die nur mit Geldstrafe bedrohten Handlungen handelt, also um einen Unterschied, der nicht bei der sachlichen Wertung der menschlichen Verhaltensweisen eine Rolle spielt, sondern nach Vollziehung der Einzelwertungen zu technischen Zwecken ein Gruppenetikett aufklebt — etwa wie wenn für die mit Zucht- haus bedrohten Straftaten die Bezeichnung „Frevel“ geprägt würde.

Ist dem so, so ist aber die Haltung des Entwurfs nach verschiedenen Richtungen hin unverständlich.

Geradezu in Widerspruch mit sich selbst tritt der Entwurf, wenn er in § 407 den Grundsatz proklamiert, daß die Strafdrohung bei Übertretungen auch die Fahrlässigkeit mit ergreife, soweit nicht das Gegenteil verordnet sei. Zugegeben, daß bei der Frage, bei welchen Tatbeständen die Fahrlässigkeit strafbar sein solle, verschiedene Gesichtspunkte zu Worte kommen können: soviel ist jedenfalls sicher, daß der Grundsatz nicht lauten kann: je leichter die Verfehlung, um so notwendiger die Erstreckung der Strafbarkeit auf Fahrlässigkeit. Damit werden die Erwägungen im Sinne der Zwecklogik auf den Kopf gestellt<sup>80)</sup>. Umgekehrt: je schwerer eine

eine „innerliche Scheidung“, vermag aber deren Kriterien nicht aufzuzeigen. Die von ihm hervorgehobene besondere Eignung der Polizeidelikte zur Verwendung von Blankettstrafgesetzen ist nur ein technischer Unterschied und zur begrifflichen Charakterisierung um so weniger geeignet, als Blankettstrafgesetze natürlich auch für Nichtpolizeidelikte denkbar sind.

<sup>78)</sup> Nichts anderes läßt sich auch denken bei dem Satze (Denkschrift S. 8), daß diese Handlungen „dem allgemeinen Rechtsgefühl nur als Ordnungswidrigkeiten erscheinen“. „Ordnungswidrig“ ist im Sinne des Rechts natürlich alles, was der Rechtsordnung widerstrebt, also alle rechtswidrigen Handlungen. Spricht man von „bloßer“ Ordnungswidrigkeit, so käme es darauf an, zu zeigen, was diese „bloß ordnungswidrigen“ nicht sind. Für das heutige Recht ist nun „Ordnungswidrigkeit“ dasjenige, was eine „bloße Ordnungsstrafe“ auslöst, und es ist bekanntlich nicht gelungen, an der Hand des positivrechtlichen Materials einen anderen Gesichtspunkt ausfindig zu machen, als den der quantitativen Geringfügigkeit. Eben das würde auch hinter der verdeckenden Bezeichnung als „bloße Ordnungswidrigkeit“ für die Polizeidelikte des Entwurfs zum Vorschein kommen. Übrigens würden dabei die Begriffe der Übertretungsstrafe und der „Ordnungsstrafe“ in Eins verschwimmen.

<sup>79)</sup> So auch Gerland Krit. Bemerkungen S. 112; Wachenfeld, Arch. f. RPhilos. 15 74.

<sup>80)</sup> Gegen die „Gedankenlosigkeit“ des § 407 auch v. Hippel Ztschr. f. StrRW. 42 427.

Verfehlung, um so mehr verlegt sich der Schwerpunkt des Nachdenkens in die Frage, ob besondere Gründe dafür sprechen, daß sie trotz ihrer Schwere bei Fahrlässigkeit nicht strafbar sein soll; je leichter, um so mehr bedarf es besonderer Gründe, derenthalb sie trotz ihrer geringen Bedeutung auch bei Fahrlässigkeit strafbar sein soll!

Wenn die Übertretungen nur einfach die leichteste Art Delikte sind, so ist ferner nicht abzusehen, wie dieser ihrer Charakter Sicherungs- und Besserungsmaßregeln ausschließen soll, was § 413 bestimmt. Der Entwurf scheint anzunehmen, daß man sich von dem Täter einer Übertretung allenfalls nur neuer „Übertretungen“ zu versehen habe, und es sich nicht lohne, solchen mit dem Präventionsapparat vorzubauen. Aber die Verübung einer Übertretung kann offenbaren, daß der Täter für später viel Ärgeres im Schilde führt, zumal die beharrlich wiederholte Verübung von Übertretungen kann darauf hinweisen, daß er sich sozusagen erst einmal im Kleinen übt. Es ist unklug, die Möglichkeit prävenierenden Zugriffs hier abzuschneiden.

Auch das will nicht einleuchten, weshalb der Entwurf sein sehr richtiges Prinzip, Gewinnsucht als qualifizierend wirken zu lassen (Geldstrafe dieserhalb als zweite Hauptstrafe bzw. erhöhte Geldstrafe) nicht für Übertretungen durchführt (§§ 55, 409). Daß die Übertretungen im Vergleich zu den Verbrechen und Vergehen leichter sind, hindert doch nicht, bei jeder Übertretung die einzelnen Fälle unter sich zu vergleichen und sie je nach Vorhandensein oder Fehlen von Gewinnsucht in Gruppen zu zerlegen, um danach, also nach der Schwere des Schuld moments, die Strafdrohungen zu stufen. Und ist die Beantwortung täterischer Gewinnsucht mit besonderer Geldstrafdrohung kriminalpolitisch als besonders geeignet befunden worden, so sollten Übertretungen nicht privilegiert werden. Gegen Überspannung würde die ja auch in § 55 vorgesehene Fakultativität Schutz gewähren. (Beispiel: jemand hat im Sinne des § 425 das Publikum belästigt, um eine auf Geld gerichtete Wette zu gewinnen.)

In jedem Falle schließlich sinkt die angebliche Eigenart des „Polizeistrafrechts“ derart in sich zusammen, daß nur einige die quantitative Seite betreffende Besonderheiten übrig bleiben. Dieserhalb aber den „Allgemeinen Teil“ des Strafrechts in zweie aufzuteilen, einen für Verbrechen und Vergehen und einen für Übertretungen, hat nicht Hand und Fuß<sup>81)</sup>. Dies Verfahren muß irreführend wirken und verrät seine Zweckwidrigkeit auch dadurch, daß schließlich die äußerlich vollzogene Trennung innerlich widerrufen

<sup>81)</sup> Ebenso Gerland a. O. 113; Wachenfeld a. O. 75.

wird (§ 405: „Für Übertretungen gelten die im Allgemeinen Teil des Ersten Buchs für Verbrechen und Vergehen getroffenen Vorschriften“ mit etlichen Ausnahmen.) Sehr zur Vereinfachung würde es auch beitragen, wenn man die Worte „Polizeistrafrecht“ usw. nicht mehr in den Mund nähme. Zu dem Übertretungsabschnitt des Entwurfs paßt diese Bezeichnung gewiß nicht. Wieso sollen auf einmal die nur mit Geldstrafe bedrohten Delikte „Polizei“-Delikte, wieso soll die Geldstrafe „Polizei“-Strafe sein? Was in aller Welt hat die Polizei damit zu tun?

#### 4. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Tat nach dem Entwurf.

I. Daß ein Mensch nur für rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten strafbar sein solle, ist für die Verfasser des Entwurfs kein Problem gewesen<sup>82)</sup>. Aber auch insofern bewegt sich ihr wertendes Denken ganz in den Bahnen des Gegenwartstrafrechts, als sie nicht allem, wäre es noch so schuldhaftem, rechtswidrigem Verhalten, Strafe zugedacht, sondern die Strafbarkeit auf die in den Einzelstrafgesetzen hervortretenden Verhaltensfiguren: die g e s e t z l i c h e n T a t b e s t ä n d e beschränkt haben. Auch für den Entwurf gilt, daß die strafbare Handlung in einen Summenbegriff ausläuft<sup>83)</sup>. Die Denkschrift hebt diesen Punkt auch als einen besonders wichtigen hervor; sie betont (S. 9), daß Gründe der Strafrechtssicherheit dieses System erfordern: es sei das kleinere Übel, wenn einmal ein strafwürdiges Verhalten straflos ausgehe; und in besonderer Anwendung des Grundgedankens stößt (Denkschrift S. 362) der Entwurf den Grobunfugsparagraphen aus, weil sein Tatbestand die für einen strafrechtlichen Tatbestand erforderliche Bestimmtheit vermissen lasse.

Damit sind auch für den Entwurf gewisse methodische Konsequenzen gegeben, die nicht außer Acht bleiben dürfen, will anders man nicht bei Unklarheiten und Unstimmigkeiten landen. Der Gesetzgeber darf fortan vor allem nicht vergessen, daß er durch Abstellung auf Einzelstrafgesetze und damit auf die gesetzlichen Tatbestände unausweichlich dem Begriff der strafbaren Handlung über deren Merkmale als eines „rechtswidrigen schuldhaften Verhaltens“ hinaus eine wesentliche differentia specifica, und zwar in doppeltem Betracht, hinzugefügt hat.

Erstlich hat er alles Unrecht, das nicht zugleich irgend einer der tatbestandlichen Figuren entspricht, straflos gestellt; ein allgemeiner

<sup>82)</sup> Vgl. oben S. 151 ff.

<sup>83)</sup> Vgl. dazu und zum folgenden oben S. 153 ff.

Satz ist da, der einen Grund- und Eckstein des ganzen Strafrechts bildet, der Satz:

Nur wer einen der in den Einzelstrafgesetzen angegebenen gesetzlichen Tatbestände verwirklicht, ist strafbar.

Und zweitens hat der Gesetzgeber die Strafbarkeit in Form eines Tarifs geordnet. Sie ergibt sich immer nur von einem der gesetzlichen Tatbestände aus, und für diesen nur nach Maßgabe der gerade an ihn in den Einzelstrafgesetzen angeschlossenen Strafdrohung (oder der mehreren an ihn angeschlossenen Strafdrohungen, wo im Hinblick auf Verschiedenheit des Schuld moments oder objektive Bedingungen derselbe Tatbestand zur Bildung mehrerer Ver brechensunterarten gedient hat). Denn die Tatbestände sind vom Gesetzgeber ja im Sinne der Wertdifferenzierung der rechtswidrigen Handlungen herausgearbeitet.

Der Besondere Teil ist damit zwar nicht in seinen Einzelheiten, wohl aber in seinem Bestande und seiner Struktur zu einem integrierenden Bestandteile des Allgemeinen Teils und innerhalb seiner zum logischen prius aller weiteren Anordnungen geworden. Will man aus dem allgemeinen Teil erschließen, wie es um den Allgemeinbegriff der strafbaren Handlung bestellt sei, so ist dies ohne sofortige Zusammenhaltung mit dem Besonderen Teil nicht möglich. Es verhält sich damit wie mit dem Begriff der zollpflichtigen Ware im Sinne eines Zollvertrages, der gewisse in einem beigefügten Zolltarif aufgeführte Waren nach Maßgabe dieses Tarifs für zollpflichtig erklärt.

Ist dem so, so empfiehlt es sich im Interesse der Grundlegung für das Verständnis, an die Spitze des Allgemeinen Teils 2 Sätze zu stellen, in denen jene beiden Charakteristika (keine Strafbarkeit außer für die gesetzlichen Tatbestände der Einzelstrafgesetze, und keine Strafbarkeit anders als im Bezugsverhältnis zwischen der einzelnen Strafdrohung und den für sie nach den Einzelstrafgesetzen maßgebenden Voraussetzungen, insonderheit ihren gesetzlichen Tatbeständen) betont werden, ähnlich wie eine solche allgemeine Mantelbestimmung in den Zollverträgen dem Zolltarif vorausgeschickt wird. Die bisherigen Gesetzesbestimmungen (StGB. § 2, RVerf. Art. 116) sind deshalb mangelhaft, weil sie zwar auf jene Grundsätze zurückführen, aber mit ihnen die Bestimmungen über Gesetzesform und zeitliches Anwendungsgebiet der Strafgesetze verquicken <sup>84)</sup>.

<sup>84)</sup> Kohlr a u s c h Schweizer. Ztschr. f. StrR. 34 160 Anm. 1 möchte den Ausdruck „Verwirklichung des Tatbestandes“ aus der gesetzlichen Ausdrucksweise ausgemerzt und durch „Begehung der Tat“ ersetzt wissen.



Werden im Gesetzbuch in der hier vorgeschlagenen Weise die Einzelstrafgesetze und ihre gesetzlichen Tatbestände in ihr Recht eingesetzt, das ihnen nach der Willensrichtung des Gesetzgebers zukommt, so ergibt sich namentlich der Vorzug, daß nunmehr der funktionelle Begriff des Täters und der der vollendeten Tat auf eine feste Basis gestellt sind, und sich die Bestimmungen des allgemeinen Teils über Teilnahme und Versuch deutlich als das darstellen, was sie im Sinne des Gesetzgebers wirklich sind: als Bestimmungen, die einesteils die Strafbarkeit über die Einzelstrafgesetze hinaus erweitern, doch aber anderenteils den Zusammenhalt mit diesen und ihren gesetzlichen Tatbeständen einhalten, indem sie an diese als die Hauptfiguren noch auf sie bezügliche Nebenfiguren (Erscheinungsformen) anlehnen.

II. Auf der anderen Seite darf aber dem Gesetzgeber die Erkenntnis nicht abhanden kommen, daß die gesetzlichen Tatbestände einmal ihrem Sinnbestande nach bloße Bezeichnungen für Verhaltensweisen sind und als solche ein begriffliches aliud gegenüber der Rechtswidrigkeit darstellen, sodann aber in einem Sinnzusammenhange mit der Rechtswidrigkeit stehen<sup>85)</sup>. Aus dem Kreise der Handlungen herausgeschnitten, die sich der Gesetzgeber als das Unrecht vorstellte, haben diese Figuren doch für sich ihrem Eigen-Sinne nach nichts von Rechtswidrigkeit an sich, und es fragt sich erst noch, in welchem Umfange eine tatbestandsmäßige Handlung zugleich rechtswidrig ist. Daß es Fälle geben muß, in denen die Verwirklichung des Tatbestands rechtswidrig ist, ist sicher — sonst wäre die Aufstellung der tatbestandlichen Figur sinnlos —; aber wonach bemißt sich der Umfang der Rechtswidrigkeit?

Soweit es sich um den sog. „allgemeinen Verbrechenstatbestand“ = den Inbegriff aller Voraussetzungen der Strafbarkeit handelt, mit Recht; dieser Ausdruck ist nicht bloß im Gesetz, sondern auch in der Wissenschaft völlig entbehrlich, da er eben nichts anderes als die strafbare Handlung in ihrer Begrifflichkeit selber bedeutet. Dagegen kann es für das Verständnis des Gesetzes nur förderlich sein, wenn es den Ausdruck „gesetzlicher Tatbestand“ da, wo er wirklich am Platze ist (als der „besondere“ der Einzelstrafgesetze) auch gebraucht. Wenn A seinen Anwalt dazu veranlassen will, gegen B eine Strafanzeige wegen Vertragsbruchs zu erstatten, so wird der Anwalt zunächst erklären: „so etwas sei nicht strafbar“; aber wenn der Klient erstaunt darauf hinweist, daß B doch schuldhaft Unrecht getan habe, und fragt, was das „so etwas“ sei, das „nicht strafbar“ sei, so wird der Anwalt eben auf die „Arten von Handlungsweisen“ zu sprechen kommen müssen, die in den Einzelstrafgesetzen verzeichnet sind, also eben auf die gesetzlichen Tatbestände und deren Funktion. Weshalb soll das Gesetz dabei nicht dem Anwalt zu Hilfe kommen?

<sup>85)</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden oben S. 151 ff.

Der Entwurf bestimmt nun in § 20:

„Eine strafbare Handlung liegt nicht vor, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist.“

Dazu sind eine Reihe von Bemerkungen zu machen.

1. Die Bestimmung besagt nicht etwa, daß die Rechtswidrigkeit kein Begriffsmerkmal der strafbaren Handlung sei (denn wenn Ausschluß der Rechtswidrigkeit Ausschluß der Strafbarkeit bedeutet, so ist eben logisch die Rechtswidrigkeit für die Strafbarkeit bedingend). Wohl aber besagt sie, daß mit dem Tatbestande (oder einer seiner Erscheinungsformen) die Rechtswidrigkeit zugleich gegeben ist, soweit nicht aus besonderen Umständen nach Maßgabe der Rechtsordnung das Gegenteil gilt<sup>86)</sup>. Gegen eine solche Anordnung ist vom methodischen Standpunkt nichts einzuwenden. Ihre Tragweite ist die, daß jede Verwirklichung eines strafgesetzlichen Tatbestandes zugleich rechtswidrig ist, insoweit nicht Umstände vorliegen, die durch die Rechtsordnung, sei es für den betreffenden gesetzlichen Tatbestand, sei es für Gruppen solcher Tatbestände, sei es ganz umfassend, als Unrechtsausschließungsgründe ausgeprägt sind<sup>87)</sup>.

2. Die Fassung des § 20 bedarf methodisch der Verbesserung. Sie bringt zwar richtig zum Ausdruck, daß über die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung nur im Zusammenhalt mit den außerhalb des Strafrechts liegenden Unrechtsausschließungsgründen entschieden werden kann. Aber sie könnte doch der methodisch unhaltbaren Auffassung Raum geben, als liege die Normierung der Rechtswidrigkeit nur nach der negativen Seite außerhalb des Strafrechts, so daß der die tatbestandsmäßigen Handlungen als grundsätzlich rechtswidrig normierende Satz ein solcher des Strafrechts wäre; da außerdem der Entwurf selber eine Anzahl von

<sup>86)</sup> Zutreffend v. Hippel Ztschr. f. Str.RW. 42 416.

<sup>87)</sup> Richtig betont die Denkschrift S. 33/34 hierzu, daß die Rechtsätze, die einer Handlung lediglich rechtsgeschäftliche Rechtsverbindlichkeit zusprechen, nicht im Sinne von Unrechtsausschließungsgründen zu verstehen sind. Nicht glücklich ist es dagegen, wenn die Denkschrift, dem Vorgange mancher Autoren folgend, die Unrechtsausschließungsgründe als „Rechtfertigungsgründe“ bezeichnet. Letztere sind nur die praktisch hervorstechendste Gruppe der Unrechtsausschließungsgründe; neben ihnen sind die Fälle nicht zu übersehen, in denen das Verhalten zwar von der Rechtsordnung nicht beanstandet, aber andererseits auch nicht zum Range berechtigten („gerechtfertigten“) Verhaltens erhoben wird, sondern die Rechtsordnung ihm gegenüber neutral bleibt. Für die Frage, ob eine Handlung strafbar ist, spielt zwar die Scheidung der „Rechtfertigungs-“ und der einfachen Unrechtsausschließungsgründe keine Rolle, gleichwohl macht sich die falsche Terminologie leicht auf anderen Gebieten störend geltend.

Unrechtsausschließungsgründen erwähnt, könnte auch für diese eine lediglich strafrechtliche Natur behauptet werden wollen. Demgegenüber ist zu betonen<sup>88)</sup>, daß die Normierung der Rechtswidrigkeit, und zwar nach der positiven (Regel-) Seite wie nach der negativen (Ausnahme-) Seite eben eine einheitliche Fixierung des Widerstreits bzw. Nichtwiderstreits der Handlung mit der Rechtsordnung ist, so daß, einerlei ob sich die Bestimmungen im StGB. oder anderswo finden, hieraus die Folgerungen für das ganze Rechtsgebiet zu ziehen sind. Die Textbesserung ist leicht zu bewerkstelligen. Es wäre einfach zu sagen, daß tatbestandsmäßiges Verhalten rechtswidrig ist, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die nach dem bestehenden Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen<sup>89)</sup>.

3. Nicht mit voller Klarheit nimmt der Entwurf zu der Frage der Rechtswidrigkeit der *Unterlassung* Stellung.

Schon formell fällt auf, daß die Regelung dieser Frage (§ 16) aus dem Zusammenhang mit der *sedes materiae* für Rechtswidrigkeit (§§ 20 ff.) herausgerissen und ihr obendrein voraufgeschickt ist.

Inhaltlich ist folgendes festzustellen:

a) Lautet ein gesetzlicher Tatbestand auf ein „*Unterlassen*“, und will der Gesetzgeber die Fixierung von Tatbeständen zugleich als grundsätzliche Fixierung der Rechtswidrigkeit ihrer Verwirklichung verstanden wissen (vorbehaltlich besonderer Unrechtsausschließungsgründe), so bringen eben jene Tatbestände eine Rechtspflicht zu dem betr. positiven Handeln mit sich (außer bei Eingreifen eines Unrechtsausschließungsgrundes).

b) Mit den positiv formulierten Tatbeständen („wer einen Menschen tötet“ usw.) könnte der Gesetzgeber erstlich den Sinn verbunden wissen wollen, daß sie buchstäblich nur die Herbeiführung des in ihnen bezeichneten Erfolges durch positives Handeln bedeuten sollen. Dann gäbe es keine „Kommissivdelikte durch Unterlassung“. Denkt sich der Gesetzgeber dagegen unter dem „Töten“ auch das Nichtverhindern des Todes und entsprechend bei den übrigen positiv formulierten Tatbeständen, so fragt sich, wie er sich zu dem

<sup>88)</sup> Vgl. oben S. 43 ff.

<sup>89)</sup> Ob alle gesetzlichen Tatbestände derart sind, daß ihre Verwirklichung ohne Bedenken grundsätzlich ohne weiteres für rechtswidrig erklärt werden kann, ist hier nicht zu untersuchen. Übrigens kennt auch der Entwurf Strafgesetze, die das Rechtswidrigkeitserfordernis ausdrücklich hervorheben („rechtswidrig“: §§ 364, 367; „unberechtigt“: § 395; „unbefugt“: §§ 211, 354, 398, 399, 422, 423; vgl. auch „mißbraucht“ = rechtswidrig gebraucht in § 377). Das kann nur den Sinn haben, daß die Verwirklichung des betr. Tatbestands nicht zugleich für grundsätzlich rechtswidrig erklärt wird, sondern die Frage, in welchem Umfange sie rechtswidrig sei, offen gelassen wird.

Problem der Rechtswidrigkeit dabei stellen will. Hier kann er nun entweder gewillt sein, die grundsätzliche Wertung aller Tatbestandsverwirklichung als zugleich rechtswidrig auch mit auf die durch Nichthinderung geschehende Tatbestandsverwirklichung zu erstrecken, so daß dabei wie bei positiver Erfüllung des Tatbestandes nur besondere Umstände die Rechtswidrigkeit ausschließen. Oder er kann jene grundsätzliche Wertung nur für die positive Verwirklichung des Tatbestandes gelten lassen wollen, so daß die Rechtswidrigkeit der Nichthinderung der betr. Erfolge nur durch besondere Umstände konstituiert werden soll.

Der Entwurf hat sich auf den letzten Standpunkt gestellt. Eines teils also sind die „Kommissivtatbestände“ anstandslos auch auf Verwirklichung durch Unterlassung beziehbar; andernteils können die für sie aufgestellten Strafgesetze nur da angewendet werden, wo sich aus besonderen Umständen heraus das unterlassende Verhalten als rechtswidrig ergibt. Das ist der deutliche Sinn des § 16 Satz 1 des Entwurfs: für das Kommissivdelikt durch Unterlassung ist wesentlich, daß der Täter „rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern“. Ein Umstand, der solche Pflicht zum Handeln begründet, wird sogleich in § 16 Satz 2 normiert: „Diese Pflicht besteht auch für den, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeigeführt hat.“

Bis hierher ist alles klar und sachgemäß. Nun aber kennt der Entwurf noch ein Strafgesetz gegen Unterlassung der Lebensrettung, § 291:

„Wer es unterläßt, einen anderen aus einer Lebensgefahr zu retten, obwohl er ihn ohne erhebliche Gefahr für sein eigenes Leben oder seine eigene Gesundheit retten kann, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft.

Die Tat ist nur strafbar, wenn der Gefährdete in der Gefahr sein Leben verloren oder eine schwere Körperverletzung erlitten hat.“

Und hier hebt eine methodische Verwirrung an.

Der gesetzliche Tatbestand des § 291 umfaßt alles Nichttreten eines anderen aus Lebensgefahr durch jemanden, der ohne (genauer angegebene) Selbstgefährdung zur Rettung imstande war. Das kann — vgl. oben a — nur bedeuten, daß jedermann unter der angegebenen Voraussetzung jeden anderen zu retten verpflichtet ist<sup>90)</sup>, also die Nichtrettung rechtswidrig ist (vorbehaltlich nur des etwaigen Eingreifens eines Unrechtsausschließungsgrundes). Besteht aber eine solche Pflicht, so greift § 16 Satz 1 ein, d. h. die

<sup>90)</sup> Zutreffend Kleinfeller DStrRZ. 8 197.



Nichtrettung, die ja tatbestandlich identisch mit Tötung ist, ist in dem gleichen Umfange zugleich unter den in § 291 angegebenen Voraussetzungen auch rechtswidrig, und somit wird jeder, der vorsätzlich oder fahrlässig den Tatbestand 291 verwirklicht, nach den Strafgesetzen gegen Tötung strafbar <sup>91)</sup>. Die Folge ist, daß § 291 gegenstandslos ist.

Die Denkschrift meint es anders. Auch sie geht zwar davon aus (S. 234), daß bei Bestehen einer Rechtspflicht zur Rettung Strafbarkeit nach den Tötungsparagraphen gegeben ist (gemäß § 16), und § 291 dann nicht anwendbar ist. Aber aus § 291 sei nicht zu schließen, daß in dem in ihm angegebenen Umfange eine Rechtspflicht zur Lebensrettung bestehe. Zu den Pflichten, die § 16 im Auge habe, gehöre die in § 291 aufgestellte Pflicht zur Hilfeleistung nicht (S. 27); gerade deshalb sei § 291 ergänzend aufgestellt worden (S. 234). „Wer z. B. unterläßt, ein fremdes Kind, das ins Wasser gefallen ist, zu retten, kann, wenn das Kind ertrinkt, u. U. nach § 291, nicht aber wegen Tötung bestraft werden“ (S. 27).

Aber wenn § 291 keine Rechtspflicht zur Rettung fremden Menschenlebens aufstellt, wann ist er denn dann anwendbar? Doch gewiß nur, wenn das Verhalten rechtswidrig war, d. h. also, es muß da angeblich § 291 nicht die Konsequenzziehung auf die Rettungspflicht gestattet, anderweit eine solche Pflicht erhellen. Und dies wieder bedeutet: § 291 ist genau im Umfange des § 16 anwendbar. Hier klafft ein unverständlicher Widerspruch.

Dazu kommt, daß die Denkschrift ja selbst in § 291 eine „Pflicht zur Hilfeleistung“ (zur Rettung aus Lebensgefahr) aufgestellt findet. Das aber ist nichts anderes als die von ihr bestrittene Rettungspflicht.

Noch in anderer Richtung haftet den Ausführungen der Denkschrift ein innerer Widerspruch an. Während nämlich ihre oben herangezogenen Wendungen davon ausgehen, daß § 16 in den Fällen der Unterlassung der Lebensrettung versagt, so daß es der Aufstellung der besonderen Strafbestimmung § 291 bedarf, heißt es auf S. 27 zugleich: daß zu den Rechtspflichten, die § 16 im Auge habe, die Lebensrettungspflicht nicht gehöre, folge daraus, daß deren Verletzung eben in § 291 besonders mit Strafe be-

<sup>91)</sup> Wach DStrRZ. 8 138 deutet den § 291 dahin, daß der Tod nur eine objektive Bedingung der Strafbarkeit bedeute. Aber „nicht retten“, heißt doch nur ein Verhalten, das den Tod nach sich zieht. Und wie müßte dann das Verhalten beschaffen sein, um dem Tatbestande des § 291 zu genügen, was müßte sich der Täter, um nach § 291 gestraft werden zu können, als vorliegend vorgestellt haben, wenn der Tatbestand nicht identisch mit „Nichtverhinderung des Todes“ wäre?

droht sei. Das ist aber das gerade Gegenteil des ersten Gedankenganges. Denn nunmehr ist es nur das Vorhandensein der *lex specialis* § 291, das die sonst gebotene Behandlung der Unterlassung der Lebensrettung nach der allgemeinen Regel des § 16 verhindert.

Wie sich die Denkschrift ausdrückt, muß schließlich die Folgerung gezogen werden, daß auch derjenige nur nach § 291 strafbar sein soll, der die Gefahr, in der er dann den Bedrohten vorsätzlich hat unkommen lassen, selbst erzeugt hat; denn § 16, also mit ihm sein Spezielsatz 2, soll ja in den Fällen, die unter § 291 passen, nicht anwendbar sein. Damit aber würde die durch Unterlassung begangene Tötung in sichtlich unmotivierter Weise milder behandelt sein als andere Kommissivdelikte durch Unterlassung. Wer z. B. einen Landungssteg so gelockert hätte, daß er brüchig ist, würde, wenn ihn Kinder betreten, und er sie dolos ertrinken läßt, nur nach dem § 291 (Gefängnis bis 6 Monate), nicht mit der Mord- oder Totschlagstrafe strafbar sein; wäre es aber eine Kuh, die den Landungssteg betreten hätte, und die der Täter vorsätzlich ertrinken ließe, so wäre ein Sachbeschädigungsdelikt gegeben (Strafe: Gefängnis bis 3 Jahr, § 357).

§ 291 ist somit, so wie er dasteht, zu streichen. In der Sache selbst mag sich der Gesetzgeber entscheiden:

Entweder verzichtet er überhaupt darauf, eine Lebensrettungspflicht in dem Umfange des § 291 aufzustellen <sup>92)</sup>. Dann ist Unterlassung der Rettung insoweit strafbar, als sie gem. § 16 aus besonderen Gründen rechtswidrig ist, und in diesem Umfang unter dem Gesichtspunkt der Tötungsdelikte strafbar.

Oder er beharrt bei dem Willen, jedermann zur Rettung anderer aus Lebensgefahr zu verpflichten, sofern die Handlung ohne erhebliche Gefahr für das eigene Leben oder die eigene Gesundheit möglich ist. Dann ist damit ein spezieller Anwendungsfall des § 16 Satz 1 gegeben, und es bedarf der Aufstellung einer solchen Gesetzesbestimmung, die dann einfach als Satz 3 in § 16 hineingehören würde. Damit wäre dann die Unterlassung der Rettung in dem angegebenen Umfange eine rechtswidrige Tötung, und es bliebe nur noch zu der Frage Stellung zu nehmen, ob derartige rechtswidrige Tötungen etwa privilegiert werden sollen <sup>93)</sup>.

<sup>92)</sup> In diesem Sinne Wach DStrRZ. 8 138, Kleinfeller das. 8 197.

<sup>93)</sup> Keine methodischen Bedenken bestehen dagegen gegen den aus dem „Liebes-Paragraphen“ (360<sup>10)</sup> des StGB. hervorgegangenen § 199 („Wer bei einer Gemeingefahr der polizeilichen Aufforderung zur Hilfeleistung nicht nachkommt, obwohl er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung sonstiger wichtiger Interessen genügen kann, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu

## 5. Die Behandlung der Schuldlehre im Entwurf.

### a) Schuld und Zurechnungsfähigkeit.

I. Der Entwurf versucht in § 10 II eine Begriffsbestimmung der — nach § 10 I zur wesentlichen Voraussetzung der Strafbarkeit erhobenen — Schuld zu geben:

„Schuldhaft handelt, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung vorsätzlich oder fahrlässig verwirklicht und z. B. der Tat zurechnungsfähig ist.“

Diese Definition verstößt in mehr als einer Hinsicht gegen die Logik.

Zunächst durch die Hineinnahme der Zurechnungsfähigkeit in die Schulddefinition<sup>94</sup>). Daß jene ein Bestandteil der Schuld wäre (so die Denkschrift S. 20), ist sichtlich falsch; denn das würde bedeuten, daß man schon die geistige Gesundheit eines Menschen anstößig befindet! Die Zurechnungsfähigkeit ist vielmehr die selber noch in keiner Weise unerfreuliche Voraussetzung, unter der von schuldhaftem Verhalten die Rede sein kann. Und zwar eine Voraussetzung, die ihrem Begriffe nach logisch abgeleitet ist von der Schuld. Solange nicht der Begriff der Schuld feststeht, ist es unmöglich, den Begriff der Zurechnungsfähigkeit in rechtlichem Sinne zu bestimmen; sobald jener dagegen feststeht, ist damit auch die Zurechnungsfähigkeit begrifflich gegeben als diejenige seelische Verfassung, bei der die einzelnen Handlungen schuldhaft sein können, und bei deren Fehlen keine Handlung des betr. Menschen schuldhaft

3000 M. bestraft“). Auch er prägt zwar eine grundsätzliche Rechtspflicht zum Handeln im Umfange seines gesetzlichen Tatbestandes aus, und die Denkschrift S. 27 irrt, wenn sie dies ableugnet und deshalb den § 16 auf die Fälle des § 199 für unanwendbar erklärt. Daraus ergibt sich, daß derjenige, der sich so, wie in § 199 geschildert, mit der Folge benommen hat, daß ein Mensch ums Leben gekommen ist, der also, indem er der Aufforderung nicht nachkam, zugleich eine Lebensrettung unterlassen, also den Tatbestand der „Tötung“ erfüllt hat, gem. § 16 diese Tötung auch rechtswidrig verübt hat und nach Maßgabe der Tötungsparagrafen strafbar ist. Aber im Unterschiede von § 291 behält dennoch § 199 daneben sein eigenes Anwendungsgebiet, auch in den Fällen der Tötung. Denn sein Tatbestand ist nicht identisch mit dem der Tötung (wie dies für die „Nichtrettung aus Lebensgefahr“ gilt), sondern lautet auf das Nichthandeln, auf das körperliche Verhalten als solches ohne Einbeziehung irgendwelcher Erfolge in den Tatbestand. Ist also ein Mensch infolge seines Verhaltens ums Leben gekommen, hat der Täter also objektiv „rechtswidrig getötet“, so wird gerade auch in solchen Fällen der § 199 dann bedeutsam, wenn der Täter keinen Tötungsvorsatz und keine Tötungsfahrlässigkeit hatte, aber bei ihm das dem Tatbestande 199 entsprechende Verschulden vorlag.

<sup>94</sup>) Vgl. hierzu auch Kohlrausch, Schweizer. Ztschr. f. StrR. 34, 160; Gerland, Krit. Bemerkungen zum Allg. Teil des Entw. S. 8.

sein kann. Zurechnungsfähigkeit und Schuld stehen im Verhältnis des Möglichen zum Wirklichen, und deshalb gehört jene in eine Begriffsbestimmung der Schuld so wenig hinein, wie man etwa in die Definition der Gehbewegungen eines Menschen das Erfordernis aufnehmen darf, daß er überhaupt imstande sei, zu gehen<sup>95</sup>). Enthält so der § 10 II ein Superfluum, durch das man der Erkenntnis, was Schuld sei, um keinen Schritt näher kommt, so ist auch der weitere Inhalt der „Definition“ nicht geeignet, eine Vorstellung von der Beschaffenheit des Schuldbegriffs gegeben. § 10 II ist eine bloße Scheindefinition; gerade das Zentrale fehlt. Denn was fängt man an mit: „Schuld ist = Vorsatz + Fahrlässigkeit?“ Entweder werden nachmals Vorsatz und Fahrlässigkeit begrifflich so bestimmt, daß einfach eine bestimmte seelische Einstellung des Täters bei der Tat beschrieben wird, so, daß solche sich geradesogut wie bei schuldhaftem auch bei schuldlosem Tun denkbar ist, und dann ist natürlich der Schuldbegriff durch § 10 II völlig enteelt. Oder — und das ist gewiß die Meinung der Verfasser des Entwurfs — Vorsatz und Fahrlässigkeit sind als Arten (Stufen) der Schuld gedacht, so daß Vorsatz die *ceteris paribus* schwerere Schuld gegenüber der Fahrlässigkeit bedeutet; und dann enthält § 10 II anstatt einer Definition eine bloße Summenangabe: die Lösung der Aufgabe, was Schuld sei, zu bestimmen, wird hinuntergeschoben in die Definition des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, es muß bei ihnen angegeben werden, worin denn nun der Schuldcharakter jeder der beiden Schuldarten liegt — und wozu das? weshalb nicht einheitliche Angabe des beiden Arten als solchen gerade gemeinsamen Elements?

Unschärf ist § 10 II auch insofern gefaßt, als er schuldhaftes Handeln als die vorsätzliche oder fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung bezeichnet. Das ist ebenso unlogisch, als wenn jemand mit der Definition aufwarten wollte: Unter „Vieh mangeln“ versteht man die und die Pferdekrankheiten und -unarten. Es ist ja klar, daß schuldhaftes Handeln auch vorliegen kann, wo kein strafgesetztlicher Tatbestand erfüllt ist (etwa böswilliges Brechen eines Vertrages). Den Strafgesetzgeber interessiert aber das schuldhafte Handeln nur soweit es schuldhafte Verwirklichung eines strafgesetztlichen Tatbestandes (mit Einschluß der tatbestandlichen Erscheinungsformen) ist; dies also, nicht die Schuldhaftigkeit „des

<sup>95</sup>) Eine Entwertung des Begriffs der Zurechnungsfähigkeit liegt darin aber nicht; denn kann man von einem Menschen nicht einmal die Zurechnungsfähigkeit feststellen, so erspart man praktisch die Feststellung, ob er sich gerade bei der einzelnen interessierenden Handlung schuldhaft verhalten habe.



Handelns“ ist sogleich als das Objekt der Definition zu bezeichnen und dann natürlich festzuhalten.

Die vorbezeichneten Mängel zu vermeiden kann nicht schwer fallen. Schuld ist ja doch auch im Sinne der Verfasser des Entwurfs ein rechtlicher Bedeutungsbegriff, durch den die innere (psychische) Seite — genauer gesagt, die seelische Selbstbestimmung, der Entschluß zu dem Verhalten, — der tatbestandverwirklichenden Handlung als rechtlich mangelhaft bewertet wird<sup>96</sup>). Es wäre also einfach zu sagen: Schuldhaft im Sinne der strafgesetzlichen Tatbestände handelt, wer nach den von der Rechtsordnung gestellten Anforderungen den Entschluß nicht hätte fassen sollen. Die Spaltung dieser Unzulässigkeit menschlicher Entschlüsse in Unzulässigkeit wegen des Vorstellungsinhalts selber (Vorsatz) und Unzulässigkeit wegen mangelhafter Entschlußbildung (Fahrlässigkeit) ist dann innerhalb der Definitionen der beiden Schuldarten durchzuführen.

Abzustellen ist übrigens noch eine Unklarheit, die in § 116 des Entwurfs unterläuft: Hier werden die „besonders leichten Fälle“ strafbaren Verhaltens, in denen Strafmilderung oder Absehen von Strafe zugelassen wird, folgendermaßen charakterisiert: ein besonders leichter Fall liege vor, wenn „der verbrecherische Wille des Täters gering und nach den Umständen entschuldbar“ sei. „Entschuldbar“ kann doch aber nur den Sinn der Verneinung der Schuld haben. Denn sonst würde eine quaternio terminorum vorliegen, und man schlechterdings nicht sagen können, was unter „entschuldbar“ zu denken ist; bestenfalls wäre damit nur das „Geringe“ des verbrecherischen Willens, das schon vorher erwähnt ist, wiederholt. Ist aber „entschuldbar“ = schuldlos, so liegt natürlich nicht bloß ein „besonders leichter Fall“ einer strafbaren Handlung vor, sondern nach § 10 I eine wegen Mangels der Schuld ohne weiteres straflose Handlung<sup>97</sup>).

II. Über die Zurechnungsunfähigkeit läßt sich der Entwurf in § 18 I folgendermaßen aus:

<sup>96</sup>) Vgl. oben S. 159 ff.

<sup>97</sup>) Nebenbei bemerkt: „Verbrecherischer Wille“ ist doch wohl nur bei Vorsatz gegeben? Denn so sehr auch der unbewußt fahrlässig Handelnde einen rechtlich unzulässigen Entschluß faßt, so liegt doch das Unzulässige nicht in der Richtung seines Entschlusses (z. B. auf der Straße zu fahren), sondern darin, daß er aus anderen Gründen diesen Entschluß nicht hätte fassen sollen. Und von „verbrecherischem“ Willen spricht man doch nur bei Entschlüssen, die sich auf „Verbrecherisches“ richten. Soll also — wie gewiß sachgemäß — die fahrlässige Tat der Gunst des § 116 teilhaftig werden, so muß auch dieser Ausdruck geändert werden.

„Nicht zurechnungsfähig ist, wer z. Z. der Tat wegen Bewußtseinsstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder Geistesschwäche unfähig ist, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.“

Hier ist zunächst in einem Punkte ein Auseinandergehen des Entwurfs und der Denkschrift festzustellen; denn letztere stellt (S. 30) auf die Unfähigkeit, das „**rechtlich** Mißbilligte“ — statt das „**Ungesetzliche**“ — der Tat einzusehen usw., ab. Das ist nicht dasselbe, denn das Gesetz ist ja nur ein Ausschnitt aus der Rechtsordnung, und Gesetzesbestimmungen wie EStPO. § 7 (Gesetz = Rechtsnorm) sind nur Sonderfestlegungen für bestimmte Anwendungsbereiche. Gemeint ist offenbar die Unfähigkeit, die (objektive) Rechtswidrigkeit des Verhaltens einzusehen, und dies sollte zur Abschneidung von ärgerlichen Tüfteleien ausgesprochen werden<sup>98)</sup>.

Der Berichtigung bedarf ferner das „oder“ im Entwurfstext. Es geht logisch nicht an, den Einsichtsunfähigen und den Willensbestimmungsunfähigen zu koordinieren. Denn wer nicht einmal fähig ist, die Rechtswidrigkeit der Tat einzusehen, kann natürlich erst recht nicht seinen Willen nach der ihm eben unerkennbaren rechtlichen Bedeutung der Tat bestimmen. Der Schwerpunkt liegt natürlich in der Willensbestimmungsunfähigkeit und dafür ist die Einsichtsunfähigkeit nur einer von mehreren Fällen. Es muß also heißen: „wer wegen . . . unfähig ist, seinen Willen der Rechtsordnung gemäß zu bestimmen, sei es, daß er unfähig ist, die Rechtswidrigkeit seiner Tat einzusehen, sei es, daß er solcher Einsicht fähig, aber unfähig ist, nach ihr seinen Willen zu bestimmen.“

Bei solcher aus § 18 I selbst heraus entwickelter Präzisierung tritt dann deutlich die sachlich auch schon in der jetzigen Fassung liegende logische Abhängigkeit des Zurechnungsfähigkeitsbegriffs vom Schuldbegriff zutage. Wenn ein Gesetzgeber einen Zurechnungsfähigkeitsbegriff aufstellt, so tut er das zu dem Zwecke, um die Personen zu bezeichnen, die die betr. einzelne Handlung deshalb nicht schuldhaft begangen haben können, weil sie überhaupt nicht imstande sind, schuldhaft zu handeln. Indem nun der Entwurf in § 18 I die Schuldfähigkeit als die Fähigkeit, den Willen nach der Rechtsordnung zu bestimmen, charakterisiert, bringt er hier unbewußt die in § 10 II versäumte Schulddefinition: Schuld ist dann eben die rechtsordnungswidrige Willensbestimmung, der rechtswidrige Entschluß. Er kommt also sachlich auf die unter I gegebene

<sup>98)</sup> Ähnlich Kohlrausch Schweizer. Ztschr. f. StrR. 34 159.

Formel hinaus, nur statt an der richtigen Stelle in verschleierter Weise.

Darüber, daß der Entwurf nicht von „freier“ Willensbestimmung spricht, „um zu dem philosophischen Streit um die Willensfreiheit keine Stellung zu nehmen“ (Denkschrift S. 30) soll hier nicht weiter gerechtfertigt werden. Der Sache nach bedeutet „seinen Willen bestimmen“, die Willensfreiheit<sup>99)</sup>, denn ohne solche „bestimmt“ eben nicht der betr. Mensch „seinen Willen“.

Dagegen hätte der Ausdruck „verminderte Zurechnungsfähigkeit“ (§ 18 II) logischerweise vermieden werden sollen. Dasjenige, was bei den dabei in Betracht kommenden Persönlichkeiten „vermindert“ = „geringer“ ist, ist der geistige Besitzstand als solcher im Vergleich mit anderen Zurechnungsfähigen. Die Zurechnungsfähigkeit dagegen verträgt keine Abstriche; wer auch nur um das kleinste Maß weniger als zurechnungsfähig ist, ist zurechnungsunfähig. Die sog. vermindert Zurechnungsfähigen unterscheiden sich von anderen Menschen nicht im Punkte der Zurechnungsfähigkeit, ihre seelische Eigenart ist nicht geeignet, die Zurechnung ihrer Handlungen zur Schuld zu beseitigen. Erst da, wo die Schuldstärke zu würdigen ist, macht sich ihre Eigenart geltend; sie sind nicht zu so schwerer Schuld fähig, wie vergleichsweise die übrigen Zurechnungsfähigen. Will man hier nicht einfach von geistig Minderwertigen sprechen, so spreche man von Zurechnungsfähigen, deren Widerstandskraft<sup>100)</sup> durch Bewußtseinsstörung usw. geschwächt ist.

Der methodische Fehler, der in dem Begriff der „verminderten Zurechnungsfähigkeit“ zum Vorschein kommt, ist im Grunde der, daß die psychischen Zustände in ihrer natürlichen Gegebenheit und ihre rechtliche Bedeutung als Zurechnungsfähigkeit oder -unfähigkeit nicht reinlich auseinandergehalten werden. Das dem menschlichen Seelenleben zugewandte erkennende Denken wirft den Begriff der Zurechnungsfähigkeit nicht ab. Dieser gehört vielmehr erst der Setzung durch die Rechtsordnung an, die vermittelt seiner eine Funktion, eine rechtliche Bedeutung der seelischen Gegebenheiten normiert (wenn auch logischerweise in Abhängigkeit von dem rechtlich fixierten Begriff der Schuld normiert).

Daß die Verfasser des Entwurfs fälschlich geglaubt haben, die Zurechnungsfähigkeit als gegebenen Seinsbegriff nur erkennen — statt ihn ihrerseits bestimmen — zu sollen, erhellt besonders daraus,

<sup>99)</sup> Daß der § 18 I des Entwurfs „indeterministisch gefärbt“ ist, hebt auch Gerland a. O. S. 13 hervor.

<sup>100)</sup> Diesen Ausdruck gebraucht (bei Taubstummen) die Denkschrift S. 31.

daß der Entwurf § 129 Kinder (bis 14 Jahre) „nicht als unzurechnungsfähig bezeichnet, aber den nicht Zurechnungsfähigen gleichstellt“ (Denkschrift S. 29). Der Gedankengang ist offenbar etwa der gewesen: Zurechnungsunfähig ist so etwas wie „verrückt“; Kinder sind keine „Verrückten“, also . . . In Wahrheit „stellt“ der Entwurf die Kinder natürlich nicht den „Zurechnungsunfähigen“ „gleich“, sondern den von ihm zuvor in § 18 I als zurechnungsunfähig normierten geistig Defekten, und er „stellt“ sie ihnen eben deshalb „gleich“, weil er auch bei ihnen die Zurechnung ihrer Handlungen zur Schuld abschneiden will; die rechtliche Funktion der verschiedenen Zustände ist also identisch, nämlich eben „Zurechnungsunfähigkeit“. Wäre es anders, so würde auch ganz unersichtlich sein, wieso der Gesetzgeber überhaupt zu einer „Gleichstellung“ gelangen kann. Es bedarf deshalb der Einrubrizierung der Kindheit in die Zurechnungsunfähigkeit<sup>101</sup>).

#### b) Vorsatz.

I<sup>102</sup>). Wenn Schuld die rechtliche Mißfälligkeit eines menschlichen Entschlusses ist, so ist für den Gesetzgeber, der im Begriff steht, die Gruppenbildung: *dolus—culpa* vorzunehmen, die erste Aufgabe, sich die menschlichen Entschlüsse in ihrer tatsächlichen Verschiedenheit vor Augen zu stellen, um sich dann schlüssig zu werden, ob und wie diese Verschiedenheiten rechtlich bewertet werden sollen. Dabei wird der Strafgesetzgeber, soweit es sich um die Schuld als Strafbarkeitsvoraussetzung handelt, nicht sowohl die Entschlüsse rein als solche ins Auge fassen, auch nicht die Entschlüsse zu einer irgendwie gearteten Handlung, sondern sich auf die Ent-

<sup>101</sup>) Bei Gelegenheit eines Vortrags wurde von einem Diskussionsredner die Auffassung vertreten: wenn nach § 129 das Kind nur „als“ zurechnungsunfähig „gelte“, so solle das nur heißen: die Zurechnungsunfähigkeit brauche bei Kindern nicht im einzelnen Falle geprüft zu werden. Darin liegt etwas Richtiges. Während nämlich in § 18 I der Begriff der Zurechnungsunfähigkeit in Beziehung gesetzt wird zu wirklichem Mangel der Schuld, begreift § 129 auch solche in sich, die an sich recht wohl einer Schuld geziehen werden könnten. In § 18 I zieht der Gesetzgeber lediglich eine logische Konsequenz aus seinem Schuldbegriff, so daß § 18 I auch fehlen könnte; in § 129 verfügt er eine Behandlung auch solcher, die an sich schuldfähig sind, „als ob“ sie es nicht wären. Aber dieser Unterschied ist doch nur ein solcher in den Motiven, nicht im juristischen Ergebnis. Gerade so wie die Kinder, „gelten“ auch die Geisteskranken der Rechtsordnung „als“ zurechnungsunfähig; denn die Zurechnungsfähigkeit ist ein „Geltungs-“, ein juristischer Bedeutungsbegriff. Die Rechtsordnung sagt: Als zurechnungsunfähig gelten nur 1. die Geisteskranken (weil und soweit sie wirklich keiner Schuld fähig sind); 2. die Kinder (obwohl sie vielleicht Schuld auf sich laden können).

<sup>102</sup>) Vgl. oben S. 159 ff.



schlüsse beschränken, die ihn interessieren, das sind diejenigen, die eine tatbestandsmäßige (im weiteren Sinne: mit Einschluß der tatbestandlichen Nebenfiguren, der „Erscheinungsformen“) rechtswidrige Handlung zuwege gebracht haben.

Er wird sich nun zunächst klarmachen, daß immer und überall unterschiedlos der Entschluß zu dem objektiv erfolgten körperlichen Verhalten in Frage steht. Mag inskünftig die Bewertung im Sinne des *dolus*, im Sinne der *culpa* oder in dem der Schuldlosigkeit ausfallen: immer ist vorausgesetzt, daß ein gewillkürtes, d. i. entschlußmäßiges, körperliches Verhalten vorliegt, da bei einem körperlichen Verhalten, das — mag es objektiv noch so sehr tatbestandsmäßig und rechtswidrig sein, — eine andere Quelle hat, als den Entschluß, von der Herrschaft über den eigenen Körper Gebrauch zu machen (reines „Tun“, nicht „Handeln“), keine innere Tatseite da ist, die Gegenstand der Schulduntersuchung sein könnte.

Wenn aber das Körperverhalten, zu dem sich das Individuum bestimmt hat, ein tatbestandsmäßiges rechtswidriges Verhalten ist, so ist nunmehr zu bedenken, daß sich die innere Reichweite des Entschlusses mit der äußeren Tatseite nicht zu decken braucht. Hier bedarf es nun einer genauen logischen Analyse dieser äußeren Tatseite, um dann gewissermaßen tabellarisch einen Überblick über die möglichen Inkongruenzen zwischen ihr und der inneren Seite zu gewinnen.

Überall, wo das Vorliegen einer strafbaren Handlung nach der objektiven Seite hin bejaht werden soll, bedarf es, wie überall in juristischen Dingen, der Gegenüberstellung eines tatsächlich Gegebenen und einer rechtlichen Normierung; es fallen auseinander die *quaestio facti* und die *quaestio juris*; die Messung der Lebenskonkrete an den rechtlichen abstrakten Wertmaßstäben ergibt, ob man vorbehaltlich der Schuldfrage eine strafbare Handlung vor sich hat.

Die Lebenskonkrete sind die das körperliche Verhalten umgebenden, es individualisierenden Tatsächlichkeiten: die „Tatumstände“. Sie zerlegen sich aber sofort in Gruppen, sobald man ihre rechtliche Bedeutung prüft. Die einen erweisen sich als für die Feststellung, ob die äußere Seite eines Verbrechens vorliegt, als bedeutungslos (z. B. bei Tötung der Tatumstand, daß der Täter in einem braunen Anzug gekleidet war). Die anderen zerfallen in verschiedene Klassen: zunächst solche, die den Juristen in den Stand setzen, das in Rede stehende Verhalten als einem bestimmten gesetzlichen Tatbestande unterfallend zu bejahen: „Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören“; soweit der Gesetzgeber mit der Aufstellung eines gesetzlichen Tatbestandes zugleich dessen

Verwirklichung als rechtswidrig markieren wollte<sup>103</sup>), sind diese Tatumstände zugleich solche, die die Rechtswidrigkeit bedingen. Keinesfalls dürfen diese Tatumstände aber mit den „Tatbestandsmerkmalen“ verwechselt werden. Sie sind und bleiben Konkreta des Lebens, während die Tatbestandsmerkmale begrifflich abstrakte Glieder des — selber begrifflich-abstrakten — Tatbestandes darstellen<sup>104</sup>) (daß A den B erwürgt hat, ist ein für den gesetzlichen Tatbestand § 211 erheblicher Tatumstand; daß es B war, der erwürgt wurde, oder daß er gerade erwürgt wurde, ist aber kein „Tatbestandsmerkmal“, solche sind für § 211 vielmehr nur „ein Mensch“ und „töten“). Dazu treten dann noch solche Tatumstände, die lediglich für die Frage der Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung bedeutsam sind (so ist der Umstand, daß der Täter ein Scharfrichter war, der eine Hinrichtung vollzog, kein Tatumstand, der irgend etwas mit dem „gesetzlichen Tatbestand“ § 211 zu tun hätte, sondern ein solcher, der als ein einen Unrechtsausschließungsgrund bei Tötung darstellender die Rechtswidrigkeitsfrage angeht<sup>105</sup>).

(Will man die begrifflichen Merkmale, die eine strafbare Handlung ausmachen, alle zusammen mit dem Ausdruck des „allgemeinen Verbrechenstatbestandes“ bezeichnen, so verschwindet natürlich die zuvor aufgezeigte Scheidung; dann sind sämtliche relevanten Lebenskonkreta „zum Tatbestand“ gehörig. Aber man wird zugeben müssen, daß es höchst unnötig ist, jenen Ausdruck zu gebrauchen, der dann noch dazu zwingt, die „gesetzlichen Tatbestände“ jenem allgemeinen als die „besonderen“ gegenüberzustellen.

Vorsicht ist schließlich geboten hinsichtlich der Ausdrucksweise, die „positive“ und „negative“ Tatumstände scheiden will. Die Tatumstände selber können natürlich nicht negativ sein; es sind eben Tatsachen. Das Negative tritt erst innerhalb des Abstraktrechtlichen auf: es kann sein, daß eine Tatsache juristisch negative Bedeutung hat, insofern bei ihrem Vorliegen ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand nicht erfüllt ist (so ist der Tatumstand, daß der Gegenkontrahent des Täters über 21 Jahre alt war, ein den gesetzlichen Tatbestand § 302 StGB. ausschließender), oder bei ihrem Vorliegen die Rechtswidrigkeit entfällt. Hier mag man cum grano salis

<sup>103</sup>) Oben S. 222.

<sup>104</sup>) Der Sprachgebrauch, der neben den „gesetzlichen“ noch den „konkreten“ Tatbestand stellt, der unter letzterem den dem gesetzlichen Tatbestand unterfallenden Sachverhalt versteht, ist unratsam und für das Strafrecht verständnisgefährdend.

<sup>105</sup>) Es kommen noch hinzu die Tatumstände, die zu einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit gehören; der Vereinfachung halber soll von diesen aber weiterhin abgesehen werden.

von „negativen Tatumständen“ sprechen als von Tatumständen von juristisch negativer Bedeutung. Umgekehrt kann dem Nichtvorliegen einer Tatsache juristisch konstitutive Bedeutung zukommen (Nichteinwilligung usw.). Ob diese Scheidungen in der *dolus*-Lehre von Bedeutung sind, wird unten zu prüfen sein. Jedenfalls ist es unmöglich, die „negativen“ Umstände bloß auf die Rechtswidrigkeit, die „positiven“ bloß auf den gesetzlichen Tatbestand zu beziehen).

Mit allen diesen Elementen der äußeren Tatseite muß nun die innere Welt des Handelnden in Beziehung gesetzt werden, will anders man der Lösung des Schuldproblems näher kommen. Sein Entschluß braucht, so sehr er auf das körperliche Verhalten als solches gerichtet war, doch nicht oder nicht ganz oder nicht zutreffend auf das äußere Tatbild, wie es objektiv vorliegt, auf das Verhalten als ein der äußeren Tatseite entsprechendes, gerichtet gewesen zu sein. Die näheren Umstände des Entschlusses, die tatsächlichen Entschlußumstände oder „inneren Tatumstände“ können sehr verschiedenartig gewesen sein<sup>106</sup>). Und zwar bestehen diese inneren Tatumstände

a) zunächst in den Vorstellungen des Täters: was er sich gar nicht vorgestellt hat, fällt aus der Entschlußrichtung notwendig heraus, sowie umgekehrt das, was er sich als sicher vorgestellt hat, notwendig in der Entschlußrichtung inbegriffen ist;

b) soweit seine Vorstellungen von einem Zweifel durchsetzt waren, ist psychologisch möglich einmal, daß der Täter seinen Entschluß auf den ihm zweifelhaften Punkt mit richtete, sodann daß er der Eventualität gegenüber gleichgültig war; endlich, daß er den

<sup>106</sup>) Den Ausdruck „innerer (subjektiver) Tatbestand“ sollte man vermeiden. Entweder ist er als Synonymum für die inneren Tatumstände als Lebenskonkrete gemeint, und dann ist er ebenso entbehrlich, wie auf der äußeren Seite der „konkrete Tatbestand“ (vgl. oben S. 157). Oder man zerlegt die Gesamtheit der begrifflichen Verbrechenmerkmale in den objektiven und den subjektiven „Tatbestand“, und dann geht man von dem wiederum entbehrlichen „allgemeinen Verbrechenstatbestand“ aus, (vgl. oben S. 157), und ersetzt die viel charakteristischere Bezeichnung „Schuld“ (Vorsatz, Fahrlässigkeit) durch den durchaus nicht signifikanten „inneren Tatbestand“. Daß der echte „gesetzliche Tatbestand“ in seiner Eigenschaft als eine die äußere Beschaffenheit der Tat umreißende Abstraktion unfähig ist, mit dem Eigenschaftswort „innerlich“ verbunden zu werden, liegt auf der Hand; es gibt eine „innere Tötung eines Menschen“ so wenig, wie man die Vorstellung jemandes, von einem Bergsturz, einem Hause usw. seinen „inneren Bergsturz“, „sein inneres Haus“ usw. nennen kann.

Überhaupt: wenn wir von konkretem und abstraktem, besonderem und allgemeinem, äußerem und innerem, positivem und negativem Tatbestand reden, muß uns dann nicht angst und bange werden? Durch die einheitliche Bezeichnung der verschiedensten Bezeichnungsobjekte wird der Einblick in die logische Struktur gewiß nicht gefördert.

ihm zweifelhaften Punkt aus der Richtung seines Entschlusses ausschaltete.

Die Fälle nun, in denen sich die Entschlußrichtung, der Vorsatz im rein psychologischen Sinne, nicht mit der rechtlich relevanten objektiven Bedeutung der Tat deckt, gruppieren sich je nach dem Gegenstande, den der Vorsatz nicht mit umfaßt, folgendermaßen<sup>107)</sup>:

1. Der Vorsatz umspannte eines der Lebenskonkreta („Tatumstände“) nicht mit, deren objektives Vorliegen gerade juristisch die Bejahung des Verwirklichtseins eines bestimmten gesetzlichen Tatbestands nach sich zieht. Dann lag jedenfalls die Verwirklichung dieses Tatbestandes und erst recht seine rechtswidrige Verwirklichung außerhalb der Entschlußrichtung. Möglich ist aber,

1a. daß der Täter innerlich solche nicht vorhandenen Lebenskonkreta substituierte, bei deren wirklichem Vorliegen ein anderer gesetzlicher Tatbestand rechtswidrig erfüllt wäre. Alsdann bewegt sich die weitere psychologische Untersuchung in den Bahnen des Nachfolgendem weiter.

2. Lagen die Lebenskonkreta, die zu dem objektiv verwirklichten Tatbestande gehören (1), oder lagen Lebenskonkreta, deren Vorliegen einen anderen Tatbestand darstellen würde (1a), innerhalb des täterischen Vorsatzes, so ist möglich, daß dem Täter der betr. gesetzliche Tatbestand nicht oder nicht richtig vorschwebte, so, daß er die Subsumtion der Konkreta unter die rechtlich-begriffliche Figur nicht vollzog und sein Entschluß nicht auf Verwirklichung dieses Tatbestandes ging. Es ist klar, daß die Frage, ob sich der Vorsatz auf etwas Rechtswidriges richtete, hierdurch nicht berührt wird. Wie der Täter einerseits sehr wohl trotz vollzogener Subsumtion seines Verhaltens unter einen gesetzlichen Tatbestand an Rechtmäßigkeit des Verhaltens geglaubt haben kann, so kann er sich umgekehrt trotz völliger Unbekanntschaft mit den gesetzlichen Tatbeständen der Rechtswidrigseines Verhaltens bewußt gewesen sein, dies um so mehr, als es ja sogar objektiv auch jenseits des Umkreises der tatbestandlichen Figuren rechtswidriges Verhalten gibt.

<sup>107)</sup> Die Ausführungen v. Hippels, Ztschr. f. StrRwiss., 42, 431 ff. entbehren der klaren Auseinanderlegung der verschiedenen Möglichkeiten, weil die Worte „Tatbestand“, „Tatumstände“, „Tatbestandsmerkmale“ so gebraucht werden, daß das Konkret-Tatsächliche und das Begrifflich-Abstrakte ineinander verschwimmen, und überdies auch die Tatumstände, die tatbestandskonstitutiv sind, und diejenigen, die für die Rechtswidrigkeit bestimmend sind, nicht gehörig geschieden werden.



3. Lagen die Tatumstände, die den verwirklichten gesetzlichen Tatbestand ausmachen, oder solche, die einen anderen ausmachen würden, innerhalb des Vorsatzes des Täters, so ist möglich, daß der Täter Tatumstände, die die Rechtswidrigkeit bedingen, nicht gekannt hat oder, was gleich steht, Tatumstände als vorliegend angenommen hat, die die Rechtswidrigkeit ausschließen würden. In aller Regel wird sich hiermit der Glaube, so handeln zu dürfen, verbinden, also der Entschluß nicht auf rechtswidriges Verhalten gerichtet sein. Notwendig ist dies aber nicht. Denn die Beurteilung der Tat als rechtswidrig kann sich beim Täter trotz jenes *error facti* richtig vollzogen haben. Er hat z. B. den X rechtswidrig und namentlich nicht in Notwehr befindlich getötet und hat dabei einesteils irrig einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf seine Sachgüter unterstellt (so daß er, wenn dies der Fall gewesen wäre, nicht rechtswidrig gehandelt hätte), doch aber anderenteils Notwehr zum Schutze von Sachen für unerlaubt gehalten. Es ist demnach

4. als eine besondere Sachlage die zu erfassen, bei der der Täter das Werturteil: sein Verhalten sei rechtswidrig, nicht vollzogen hat. Die falsche Vorstellung, als sei der Gegenstand des Entschlusses nichts Rechtswidriges, kann ihre Quelle haben in Unkenntnis über einen Tatumstand (ad 1 oder ad 3) oder in Unkenntnis über den gesetzlichen Tatbestand (3), ohne daß aber aus solcher Unkenntnis immer notwendig die *bona fides* hervorgehen müßte. Sie kann andererseits bei voller Kenntnis der tatsächlichen Sachlage und sogar der richtigen Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand vorhanden sein, weil der Handelnde den Umfang, in dem die Rechtsordnung solche Tatbestandsverwirklichung als rechtswidrig normiert hat, irrtümlich enger zieht (indem er z. B. davon durchdrungen ist, daß unter den obwaltenden Umständen sein Verhalten moralisch einwandfrei ist, und er zugleich der Rechtsordnung den Sinn unterstellt, daß eine Tatbestandsverwirklichung der betr. Art nur im Umfange eines Verstoßes gegen die guten Sitten unerlaubt sein solle).

Um alle Möglichkeiten eines Auseinandergehens von Entschlußrichtung und wirklich Geschehenem zu erschöpfen, haben wir noch die Fälle anzufügen, in denen der Irrtum einen Tatumstand betrifft, der für das Verwirklichtsein des betr. gesetzlichen Tatbestandes keine Rolle spielt und ebensowenig die Rechtswidrigkeit angeht, z. B. bei Tötung irrigge Annahme, daß der Getötete erst 40 Jahre alt sei, während er 45 Jahre alt ist; und die Fälle, in denen der Täter bei Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nur die gesetzlich bestehende Strafbarkeit oder deren Maß nicht kennt.

Dann hat der Täter im psychologischen Sprachgebrauch nicht den Vorsatz gehabt „einen 45jährigen“ zu töten oder eine „strafbare“ (oder so strafbare) Handlung zu begehen.

Aber mit dieser psychologischen Überschau hat der Gesetzgeber nur eine Vorarbeit besorgt. Jetzt erst hebt für ihn die Aufgabe an, den juristischen Vorsatzbegriff zu normieren; denn dieser ist ein der Festsetzung durch die Rechtsordnung harrender rechtlicher Bedeutungsbegriff. Der Seinsbegriff des Vorsatzes im psychologischen Sinne ist ein Dingbegriff, ein Substantivum; der juristische bezeichnet eine rechtswertlich-funktionelle Eigenschaft dieses Dinges<sup>108</sup>). Das erhellt schon daraus, daß bei jeder tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung irgendein „Vorsatz“ im psychologischen Sinne immer vorhanden ist: der Vorsatz, die Hand zu erheben, der Vorsatz, gewisse Worte zu sprechen, zu schießen usw. — und trotzdem rechtlich dieser Vorsatz ein schuldloser oder ein nur fahrlässiger sein kann. Während es einen logischen Widerspruch ausmacht, wenn man ein Verhalten als (in idem) juristisch vorsätzlich und fahrlässig oder als vorsätzlich und schuldlos bezeichnet, kommt dem, was psychologisch „ein Vorsatz“ ist, doch juristisch möglicherweise nur die Bedeutung von culpa oder Schuldlosigkeit zu.

So ist das gesetzgeberisch zu lösende Normierungsproblem das: aus den psychologischen Vorsätzen diejenigen auszumustern, deren Eigenart eine Entschlußrichtung von eigenem rechtlichem Werte zeigt.

Hier wird sich der Gesetzgeber sogleich fragen, in welcher Funktion er überhaupt den Vorsatzbegriff verwenden will. Die Antwort ist nicht zweifelhaft: der *dolus*-Begriff wird aufgestellt, um die *ceteris paribus* schwerere Schuldstufe zu markieren. Es handelt sich ja überall da, wo der Begriff im Gesetz auftritt, um die Anknüpfung einer schwereren Strafdrohung als bei culpa; und da *dolus* und culpa jeweils immer ein identisches tatbestandsmäßiges rechtswidriges Verhalten voraussetzen, so kann es eben dabei einzig die Schuld schwere sein, die die Differenzierung der

<sup>108</sup>) Wenn Wach DStr.RZ. 8, 70 sagt: „Die Motive des Vorentwurfs, auf die sich die Denkschrift S. 20 bezieht, verkennen die gesetzgeberische Macht. Sie hat ihre Grenze an der Wahrheit und Wirklichkeit; das Gesetz kann nichts zum Vorsatz machen, was solcher nicht ist“ —, so ist das nur insofern richtig, als der Gesetzgeber nicht etwas, was psychologisch kein Vorsatz ist, in etwas, was psychologisch Vorsatz sei, umdichten kann. Aber darum handelt es sich bei der gesetzlichen Festlegung des Vorsatzbegriffs nicht, sondern um die den verschiedenen psychologischen Vorsätzen zu verleihende rechtliche Bedeutung.

Strafschwere nach sich zieht. Sonst wäre die Auseinanderlegung von Vorsatz und Fahrlässigkeit im zwecklogischen Sinne einfach sinnlos.

Will sich der Gesetzgeber selber treu bleiben, so hat er die Vorsätze, wie sie tatsächlich vorkommen, daraufhin zu mustern, inwieweit sich dem Täter vom Rechtsstandpunkt aus überhaupt kein Vorwurf aus seinem Entschlusse machen läßt — insoweit bleiben die Entschlüsse unterhalb des *dolus* und der *culpa* —; und soweit der Entschluß ein solcher war, den nach rechtlichen Anforderungen der Täter unterlassen sollte und konnte, ist dann der grundsätzlichen Stufung der Schuldschwere nachzugehen. Daß es hierbei in erster Linie, und, da alles Strafrecht um die Rechtswidrigkeit des Verhaltens kreist, stets darauf ankommt, ob der Entschluß des Täters die Richtung auf Rechtswidrigkeit seines Verhaltens hatte; daß und wie außerdem ein Strafrecht, das die nichttatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlungen beiseite stellt und anderenteils die Tatbestände ihrer objektiven Schwere nach ordnet, auch die Richtung des Entschlusses auf die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens, diese aber nur hinsichtlich der den juristischen Figuren entsprechenden Tatumstände, nicht hinsichtlich der gesetzlichen Tatbestände selber und nicht ohne weiteres nur hinsichtlich des objektiv verwirklichten gesetzlichen Tatbestandes, zur Schuldstufung mit heranzuziehen veranlaßt ist, ist oben gezeigt<sup>109)</sup>.

II. Der *dolus*-Regelung des Entwurfs ist nachzurühren, daß sie im großen und ganzen auf Ergebnisse hinauskommt, die sich zweckrichtig dem grundsätzlichen strafgesetzgeberischen Standpunkte anpassen. Aber doch nur im großen und ganzen, verklausuliert und nicht ohne innere Unstimmigkeit<sup>110)</sup>. Und dies deshalb, weil der dunkle Drang, der zu den Ergebnissen hintreibt, nicht umfassend in fest methodisches Bewußtsein heraufgehoben ist. Vor allem kommt der methodisch falsche Ausgangspunkt stellenweise zum Vorschein: als sei der juristische „Vorsatz“ etwas von selber Gegebenes, nur zu Ermittelndes, während er vom Gesetzgeber gerade erst normiert werden soll; und wo Normierungen aufgestellt werden, fehlt es an dem Bewußtsein, daß die Normierung inhaltlich beherrscht sein muß von der Funktion, die der Festlegung des Begriffs im Zusammenhange der Rechtswertung zukommen soll.

Daß der Entwurf nicht den rechtlichen Funktionalbegriff des *dolus* ins Auge gefaßt hat, zeigt sich darin, daß unter seinem Vorsatzbegriff friedlich zusammen wohnen: 1. Fälle, in denen der Vorsatz

<sup>109)</sup> S. 159 ff.

<sup>110)</sup> Zu günstig beurteilt Graf Dohna Jurist. WochSchr. 1921, S. 369 die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfs.

wirklich als Vorsatz gestraft wird; 2. solche, in denen trotz „Vorsatzes“ gar nicht gestraft wird (§ 12 II); 3. in denen milder als nach der auf vorsätzliches Handeln der betr. Art gesetzten Strafdrohung gestraft wird (§ 12 I). Auch in den Fällen zu 2 und 3 wird ausdrücklich Vorsatz bejaht! Es ist sofort ersichtlich, daß hier der in den einzelnen Strafgesetzen auftretende, eben der juristische, Vorsatzbegriff gar nicht getroffen wird. Die gleiche unklare Zusammenwerfung des „Vorsatzes“ im juristischen Sinne mit dem rein psychologischen Vorsatz, d. i. einfach dem Entschluß, zeigt sich in § 8: der Tatort bei Versuch soll der sein, wo sich der Tatbestand „nach dem Vorsatz des Täters verwirklichen sollte“ — während doch auch im Sinne des Entwurfs die Vorsätzlichkeit im echten Sinne nichts damit zu tun hat, ob der Täter da oder da zu handeln oder zu wirken gedachte<sup>111</sup>). Auch die für die Scheidung von Beihilfe und Mitäterschaft zu Grunde gelegte subjektive Theorie wird fälschlich dahin wiedergegeben, jene Tatformen seien „durch die Richtung des Vorsatzes“ geschieden, während gerade nach der subjektiven Theorie angesichts der von ihr behaupteten objektiven Ununterscheidbarkeit der beiden Tatformen der *dolus* eben auch identisch ist, und vielmehr gewisse, den *dolus* nicht beseitigende Eigenheiten des Entschlusses = des Vorsatzes im rein psychologischen Sinne das Kriterium abgeben.

So ist es kein Wunder, wenn die Entwurfsregelung eine seltsam zerhackte ist, und in ihr ein durchgehender einheitlicher zwecklogischer Denzusammenhang fehlt. Wie falsch ist schon die Gliederung des § 11! Sein Absatz 1 erklärt: „Vorsätzlich handelt, wer . . .“; sein Absatz 2: „vorsätzlich handelt nicht, wer . . .“ Im Sinne des juristischen Funktionalbegriffes „Vorsatz“ bildet natürlich das nicht Vorsätzliche den kontradiktorischen Gegensatz zum Vorsätzlichen, und es genügt, daß das letztere normiert wird, worauf sich dann logisch von selbst ergibt, wer nicht vorsätzlich handelt. Wenn aber die überflüssige Beleuchtung desselben Gegenstandes von der positiven und der negativen Seite gegeben wird, dann muß wenigstens die Negativbeleuchtung zu der positiven stimmen. Das tut sie aber nicht: Abs. 2 bringt einen neuen Umstand, dessen Abs. 1 nicht gedacht hat, als vorsatzausschließend und macht damit die Vorsatzdefinition des Abs. 1 zu einer falschen, weil unvollständigen.

<sup>111</sup>) Nebenbei bemerkt, auch sachlich eine falsche Regelung. Wie denn, wenn dem Täter gar nichts hinsichtlich des Ortes vorgeschwebt hat? Und wie soll vom Standpunkt wertenden Denkens aus gerechtfertigt werden, daß ein Ort, an den der Täter nur gedacht hat, für rechtlich bedeutsam erklärt, und zugleich dem real gegebenen Ort seiner Tätigkeit keine Bedeutung verliehen wird?



In der Tat ist, auch von dem in Abs. 2 nachgeschleppten Vorsetzelement abgesehen, die angebliche Definition in Abs. 1 unbrauchbar, weil sie das Wesentliche überhaupt nicht angibt. „Vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht“<sup>112)</sup>. Gerade die Hauptsache fehlt: mit Wissen wovon, Willen worauf? „Mit Wissen und Willen“ verwirklicht jeder den Tatbestand, den er verwirklicht, wofern überhaupt ein körperliches Verhalten in Rede steht, das nicht bloßes „Tun“ ist<sup>113)</sup>. Erst und nur bei dem „mit Wissen und Willen“ = entschlußmäßig betätigten Verhalten tritt als Frage auf, ob es zum dolus, zur culpa oder zur Schuldlosigkeit zuzurechnen ist. Mit irgend einem Wissen und Willen verwirklicht auch der fahrlässig Handelnde den Tatbestand (der fahrlässig tötende Kutscher mit dem Wissen und Willen, auf der Straße dahinzufahren), nicht minder der schuldlos Handelnde (der Jäger, der einen unvorhergesehen und unvorhersehbar in den Schuß gelaufenen Menschen tötet, mit dem Wissen und Willen zu schießen).

Fragen wir nun, wie das fehlerhafterweise in § 11 I Ausgelassene im Sinne des Entwurfs zu ergänzen sei, so zeigt sich dieser mit der bisherigen Verworrenheit der Vorsatzlehre leider noch stark belastet.

Daß das bona-fide-Handeln unmöglich in die schwerere Schuldstufe eingereiht werden kann, und daß es, wenn der Täter die Rechtswidrigkeit nicht einmal erkennen konnte, überhaupt keine Strafe verdient, ist nicht verkannt worden. Es ist auch nicht verkannt worden, daß die bona fides rechtlich von gleichem Werte ist, mag sie aus error facti oder error juris entspringen.

Insoweit ist der § 12 des Entwurfs sehr erfreulich. Aber daß diese Klärung gerade an den Kern des juristischen Vorsatzbegriffs (und weiterhin den der Fahrlässigkeit) rührt, das ist nicht beachtet. Statt dessen wird ein dreifältiger Vorsatzbegriff aufgestellt (mit mala fides, mit vermeidbarer bona fides, mit unvermeidbarer bona fides), und damit werden die Einzelstrafgesetze Lügen gestraft, die für alle Fälle „vorsätzlicher“ Tatbegehung Strafe, und diese Strafe androhen! Und der in § 12 II erwähnte „Vorsatz“ mit „entschuld-barem“, d. h. doch schuldlosem, Irrtum, läuft gar auf eine „schuldlose Schuld“ hinaus!<sup>114)</sup>. Dabei hat der Entwurf selber bei Fixierung der Zurechnungsfähigkeit darauf abgehoben, daß der Täter instande gewesen sein muß, sich nach der Rechtsordnung zu richten, womit

<sup>112)</sup> Über die Fortsetzung „oder ...“ (dolus eventualis) s. unten S. 244.

<sup>113)</sup> Vgl. oben S. 233.

<sup>114)</sup> Zutreffend hervorgehoben von Kohlrausch Schweiz. Ztschr. f. StrR. 34, 163.

die Rechtsordnungswidrigkeit des Entschlusses als das Charakteristikum der Schuld festgelegt ist<sup>115)</sup>. Es bedurfte nur eines Schrittes, um dazu gelangen, daß ein Entschluß, dessen Richtung gegen die Rechtsordnung dem Handelnden unerkennbar war, aus der Schuld und erst recht aus dem *dolus* herausfällt, und die Wertstufung innerhalb der Schuld damit gegeben ist, ob dem Täter diese inhaltliche Richtung bewußt war (*dolus*) oder bewußt sein konnte (*culpa*). Dieser Schritt ist nicht getan<sup>116)</sup>.

Der begangene Fehler rächt sich auch durch einen Widerspruch, in den der Entwurf mit sich selbst gerät: § 11 II stimmt nicht zu § 12. Denn § 11 II bestimmt: „Vorsätzlich handelt nicht, wer irrtümlich einen Tatbestand“ — soll heißen eine Tatsache, einen Tatumstand — „annimmt, der nach öffentlichem oder bürgerlichem Recht die Rechtswidrigkeit ausschließen würde.“ Nun wird man dies gewiß nur als auf den Fall gemünzt ansehen, daß der Täter aus diesem Irrtum heraus zugleich dem anderen Irrtum verfallen ist, daß er die Rechtswidrigkeit für ausgeschlossen angesehen hat; denn weshalb sollte man sonst jenen *error facti* dem Täter zugute halten, weshalb z. B. den nicht wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafen, der eine rechtswidrige und von ihm als rechtswidrig eingeschätzte Körperverletzung begangen hat, und der nur einen nicht vorliegenden Angriff auf seine Sachen annahm, zugleich aber in Unkenntnis des Notwehrparagraphen solche Notwehr für unerlaubt hielt? In diesem Lichte aber ist der Fall, den § 11 II meint, einfach ein Unterfall des § 12; und dennoch bejaht § 12 das Vorliegen des *dolus* und normiert nur für Nichtverschuldetsein des Irrtums Strafsoligkeit und bei Verschuldetsein mildere Bestrafung, während § 11 II den *dolus* verneint. § 11 II hätte eben nicht äußerlich und obendrein unstimmig an § 11 I angeleimt werden sollen, sondern sein Inhalt wäre in § 12 überzuführen, und dieser wiederum in § 11 I aufzunehmen gewesen.

Aber auch wenn man mit dem Entwurf einmal das Wissen und Wollen der Rechtswidrigkeit nicht als das in erster Linie bestimmende Merkmal des *dolus* ansieht, bleibt die Antwort auf die Frage, w o r a u f denn „Wissen und Wollen“ gerichtet sein müssen, damit Vorsatz vorliege, unklar. Gesagt wird darüber ja in der leeren „Definition“ des § 11 I nichts. Man ist angewiesen auf die Ausführungen der Denkschrift, wozu dann noch die Definition des *dolus eventualis* in dem mit „oder“ beginnenden Satzteil des § 11 I tritt.

<sup>115)</sup> Vgl. oben S. 230. Dazu Gerland a. O. 17.

<sup>116)</sup> Vgl. hierzu die verwandten Ausführungen von Kohlrausch Schweiz. Ztschr. f. StrR. 34, 163/4; Honig in „Die Polizei“ 18, 296; Gerland a. O. 16.

Hiernach hat es den Anschein, als sei es der auf „Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung“ gerichtete Entschluß, den § 11 I als das Zentrale des Vorsatzbegriffs ansieht; denn wenn das „für möglich Halten, aber Einverständnis“ beim *dolus eventualis* auf die Tatbestandsverwirklichung bezogen wird (so § 11 I zweiter Satzteil), so entspricht dem offenbar beim *dolus principalis* das „Wissen und Wollen“ der Tatbestandsverwirklichung. Ein derartiges Wissen und Wollen ist nun natürlich nur da gegeben, wo der Täter den gesetzlichen Tatbestand kennt, die Tatumstände kennt und sie richtig unter den gesetzlichen Tatbestand subsumiert. Damit stimmt völlig überein, was die Denkschrift S. 22 ausführt: „Wissen und wollen muß der Täter, daß seine Tat einen mit Strafe bedrohten Tatbestand verwirklicht.“ Er muß also wie ein Jurist den gesetzlichen Tatbestand vor Augen haben und gar noch wissen, daß er in einem Strafgesetz auftritt. Der Entwurf, sagt die Denkschrift S. 23 weiter, „verzichtet auf jede Unterscheidung nach der Quelle des Irrtums: tatsächlicher — rechtlicher; strafrechtlicher — außerstrafrechtlicher“. Also tatsächlich *error juris poenalis* prodest: der Täter, der nicht vertraut war mit der rechtlichen Figur des gesetzlichen Tatbestandes, wie auch der, der irrtümlich straflos zu handeln meinte, sind *sine dolo*, mögen sie noch so sehr die Tatumstände als solche gekannt haben, die den gesetzlichen Tatbestand ausmachen, und keinen Augenblick daran gezweifelt haben, daß sie rechtlich unerlaubt handeln!

Und trotzdem ist das nun wieder doch nicht die Meinung der Denkschrift. Denn diese betont S. 24 ausdrücklich, daß Subsumtionsirrtum belanglos ist. Wenn das mit dem vorigen vereinbar sein soll, so kann es nur heißen: zur Bejahung einer vorsätzlichen (z. B.) Urkundenfälschung ist erforderlich, daß der Täter den § 267 StGB. mitsamt seinem gesetzlichen Tatbestande kennt, und daß er etwa eine Kaufsurkunde mit dem Namen eines anderen unterzeichnet, aber nicht erforderlich, daß er dieses konkrete Verhalten als dem gesetzlichen Tatbestande § 267 unterfallend erkennt. Aber wenn die Subsumtion nicht erforderlich ist, weshalb in aller Welt soll der Täter überhaupt die theoretische Kenntnis des gesetzlichen Tatbestandes gehabt haben müssen? Und soll denn wirklich der Kreis der vorsätzlichen Täter auf die Juristen, und unter ihnen auf die Kriminalisten, beschränkt sein? Denn außerhalb dieses Kreises sind die Kenner der gesetzlichen Tatbestände dünn gesät. Zuguterletzt: soll, indem der Unterschied von strafrechtlichem und nicht-strafrechtlichem Irrtum aufgehoben wird, das Bewußtsein der Strafbarkeit als Vorsatzerfordernis wieder zu Ehren gebracht werden? Der Verschlagene, der sich der Unerlaubtheit seines Verhaltens voll

bewußt, nur eine — objektiv nicht vorhandene — vermeintliche Lücke im Strafrecht auszunutzen gedachte, geschont werden? Dazu die Frage: Wie kann jemand das Bewußtsein der Strafbarkeit haben, wenn er nicht einmal weiß, daß er rechtswidrig handelt? Und doch soll — ein logischer Widersinn — das Bewußtsein der Strafbarkeit erforderlich, dasjenige der Rechtswidrigkeit für den Vorsatzbegriff gleichgültig sein?!

Aus ihrer Zerfahrenheit kann die Vorsatzlehre nur erlöst werden, wenn der Begriff des *dolus* festgelegt wird im Sinne einer Entschlußrichtung, die die zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände und die Rechtswidrigkeit des Verhaltens umfaßt, wie dies bei richtiger Auslegung für das geltende Strafrecht zutrifft. Nur wird in Erweiterung des Begriffs nicht bloß auf die Tatumstände abzustellen sein, die den vom Täter objektiv verwirklichten gesetzlichen Tatbestand ausmachen, es wird vielmehr der Äquivalenz der Tatbestände in dem oben S. 165 f. entwickelten Sinne Rechnung zu tragen sein.

Sehr einfach gestaltet sich die Behandlung des *dolus eventualis*. So viel ist sicher, daß § 11 I des Entwurfs fehl greift, wenn er diesen dem eigentlichen *dolus* so koordiniert an die Seite stellt, als handle es sich um zwei nur additionsmäßig nebeneinander stellbare Begriffe<sup>117)</sup>. Quelle dieser Koordination ist natürlich die Verwechslung des juristischen Vorsatz-Begriffs mit dem psychologischen. Wertlich liegt ja nur eine einheitliche Größe, eben *dolus*, vor, und diese muß einheitlich so bestimmt werden, daß in ihr auch der *dolus eventualis* als eine subordinierte Größe Unterkommen findet. Mag man dann auch die an sich nur ins Psychologische schillernden Bezeichnungen „unbedingter“ und „bedingter“ Vorsatz beibehalten: jedenfalls darf das einheitliche Band nicht derart zerrissen werden, daß eine Aufteilung in „Wissen und Wollen“ (§ 11 I) und in „Einverständnis“ (§ 11 II) vorgenommen wird. Es muß vielmehr die Entschlußrichtung den Oberbegriff bilden, und der innerhalb seiner denkbare psychologische Unterschied gerade als juristisch gleichgültig erscheinen: *dolus* handelt, wessen Entschlußrichtung auf die Rechtswidrigkeit und auf tatbestandbildende Tatumstände geht, sei es unbedingt, sei es bedingt.

### c) Fahrlässigkeit.

Der *dolus* erwies sich als gekennzeichnet durch einen besonderen Inhalt der Entschlußrichtung: der Handelnde richtet seinen Entschluß mit auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens und auf

<sup>117)</sup> Das „oder“ in § 11 I wird zutreffend gerügt von Wach, DStrZ. 8, 191, v. Hippel, Ztschr. f. Str.RW. 42, 428.



solche Tatumstände, die der Jurist (nicht notwendig der Handelnde selber) als einen gesetzlichen Tatbestand darstellend erkennt. Danach bleiben für die culpa diejenigen seelischen Sachlagen übrig, in denen zwar der Entschluß des Täters ein körperliches Verhalten zuwege brachte, das objektiv ein tatbestandsmäßiges rechtswidriges Verhalten ausmacht, aber der Vorsatz in psychologischem Sinne die Rechtswidrigkeit oder jene Tatumstände nicht mit umfaßte; und solche, ihrer Entschlußrichtung nach harmlosen Vorsätze bedeuten juristisch Fahrlässigkeit da, wo unter den obwaltenden Umständen der Entschluß vom Standpunkte der Rechtsordnung aus trotz der Harmlosigkeit seines Inhalts nicht hätte gefaßt werden sollen, d. h. wo der Willensbildungsprozeß selber nicht war, wie er nach Anforderungen des Rechts sein sollte.

Es leuchtet sofort ein, daß sich der Begriff der Fahrlässigkeit wegen des Doppelerfordernisses, das der dolus-Begriff an die Entschlußrichtung stellt, gabeln muß: Fahrlässigkeit ist (immer unter der Voraussetzung der rechtlichen Mißfälligkeit des Willensbildungsvorgangs) einmal da gegeben, wo dem Täter die Tatumstände, die seinem Verhalten den Stempel einer tatbestandsmäßigen Handlung aufdrücken, bewußt sind, er vielleicht sogar die Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand vollzieht, seine Entschlußrichtung aber nicht auf Rechtswidrigkeit hinausgeht; und sodann da, wo das tatsächliche Tatbild, auf das sich sein Entschluß richtete, nicht derart ist, daß ein gesetzlicher Tatbestand darauf paßte. Im ersten Falle **Rechts(widrigkeits)fahrlässigkeit**, die ihrerseits wurzeln kann entweder in Fahrlässigkeit mit Bezug auf die Erkenntnis der abstrakten rechtlichen Anforderungen (*error juris*) oder in Fahrlässigkeit mit Bezug auf rechtswidrigkeitsrelevante Tatumstände (*error facti*). Im zweiten Falle **tatbestandliche Fahrlässigkeit** (*error facti*).

Für den Gesetzgeber erhebt sich nun die Frage, wie er diese verschiedenen psychologischen Möglichkeiten wertlich einschätzen will. Daß jede von ihnen *ceteris paribus* unterhalb der schwersten Schuldstufe, des dolus, liegt, ist zwar sicher. Aber es ist sehr wohl denkbar, daß die in *error juris* wurzelnde Rechtsfahrlässigkeit schwerer genommen wird, als die auf *error facti* beruhende Fahrlässigkeit; möglich wäre natürlich auch, daß die aus *error facti* entspringende Rechtsfahrlässigkeit für ärger angesehen würde, als die das tatbestandliche Bild berührende. Methodisch läßt sich darüber natürlich nichts ausmachen, da es sich um willensmäßige Stellungnahme handelt. Wohl aber gebietet die Zwecklogik, daß die zum Behufe strengerer Behandlung herausgehobene Fahrlässigkeit nicht dem dolus einverleibt werde. Hierin geht der Entwurf — von seinem

eigenen Wertungsstandpunkte aus — fehl. Was er sachlich will, das ist:

1. daß die in error juris gründende Rechtsfahrlässigkeit bei allen gesetzlichen Tatbeständen durch die Bank strafbar sei, doch aber nicht so schwer strafbar sei, wie die entsprechende vorsätzliche Tatbegehung. Das ist durchaus annehmbar<sup>118)</sup>). Aber wenn der Entwurf in § 12 I die hier in Rede stehenden Fälle einesteils dem Vorsatz eingliedert und anderenteils im selben Atemzuge sagt, sie sollten nicht nach Maßgabe der auf vorsätzliche Tatbegehung gesetzten Strafdrohung strafbar sein, sondern milder, so gibt er damit eben den Rechtsbegriff des Vorsatzes, der ja einzig und allein die Funktion erfüllen soll, das Wertverhältnis zwischen der Schuldstufe und der ihr geltenden Strafdrohung innerhalb der Einzelstrafgesetze zu markieren, zugunsten eines belanglosen psychologischen Vorsatzbegriffes preis<sup>119)</sup>).

2. Das gleiche unlogische Verfahren wendet der Entwurf in § 12 I auch auf die Fälle der aus error facti entquellenden Rechtsfahrlässigkeit an. Hier aber entsteht obendrein die Frage, ob er ernstlich anstrebt, solche Fahrlässigkeit schwerer als die von ihm selber ins Auge gefaßte Fahrlässigkeit zu bestrafen. Denn nach § 11 II soll jedenfalls kein Vorsatz vorliegen, wenn der Täter irrig Tatumstände annahm, die einen Unrechtsausschlußgrund darstellen. Das kann doch nur heißen, daß wenn gerade dieser sein Irrtum ihm zum Vorwurf gereicht, Fahrlässigkeit vorliegt. Das reimt sich nun aber wieder nicht mit § 12 I<sup>120)</sup>, und diese Fälle sind denn auch tatsächlich nicht in der Fahrlässigkeitsdefinition des § 14 untergebracht. Hier ist Klärung notwendig. Diese Fälle sind als solche der Fahrlässigkeit zu kennzeichnen, und dann entweder (wenn der Gesetzgeber dies will) ihre grundsätzliche Strafbarkeit bei allen gesetzlichen Tatbeständen anzuordnen oder ihre Bestrafung im gewöhnlichen Rahmen der Fahrlässigkeitsbestrafung zu belassen.

Abgesehen hiervon ist die Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit, die § 14 des Entwurfs gibt, auch insofern zu beanstanden, als hier die tatbestandliche Fahrlässigkeit auf das seelische Verhältnis des Täters zur Tatbestandsverwirklichung selber abgestellt wird, statt nur auf die tatbestandlichen Tatumstände als solche. Nach dem Texte des § 14 würde den Täter — so wenig ihn nach den obigen Darlegungen<sup>121)</sup> dolus-Strafe treffen könnte, wenn er den

<sup>118)</sup> Vgl. Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, S. 56; M. Rümelin, Ztschr. f. StrRW. 41, 495 ff.; Kohlrausch a. a. O. 164.

<sup>119)</sup> Vgl. oben S. 171.

<sup>120)</sup> Vgl. oben S. 242.

<sup>121)</sup> S. 243.

gesetzlichen Tatbestand nicht gekannt hat, — Fahrlässigkeitsstrafe treffen, wenn er (womöglich bei vollem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit) der Jurisprudenz so fern stand, daß ihn kein Vorwurf trifft, wenn er nicht zur Erkenntnis des gesetzlichen Tatbestandes vorgedrungen war.

### 6. Der Versuch nach dem Entwurf.

Wie anderwärts, so hat der Entwurf auch in der Behandlung des Versuchs den richtigen Standpunkt nicht zu finden gewußt. Er verkennt vor allem auch hier, daß es für den Gesetzgeber einesteils nicht gilt, den Versuchsbegriff rein zu erkennen, sondern ihn zu bestimmen, und daß es anderenteils gilt, ihn in engem zwecklogischem Verbande mit seinem eigenen gesamten grundsätzlichen Wertungsstandpunkte funktionell zu bestimmen.

Freilich: Der Entwurf nimmt bewußt eine autoritative Regelung vor. Aber daß er auf eigene Hand vorgeht, wird in der Denkschrift (S. 39) gewissermaßen entschuldigt: „Die Erfahrung habe gelehrt, daß die Frage“ (nach dem Umfang und Wesen des Versuchsbegriffs) „wissenschaftlich nicht zu lösen ist.“ Es wird also unterstellt, daß es eigentlich einen absoluten Versuchsbegriff gebe — nur daß die Wissenschaft nicht imstande gewesen sei, ihn überzeugend klarzustellen; und so wird die eigene Regelung wie eine Art Zerhauung eines gordischen Knotens angesehen. Aber einen von selbst vorhandenen Versuchsbegriff, den der Gesetzgeber nur einfach übernehmen müßte, und den die Wissenschaft für alle empirischen und zu schaffenden Rechtsordnungen allgemeingültig ermitteln könnte, gibt es natürlich nicht. Die Wissenschaft hat es zu tun mit der Insichtstellung des Versuchsbegriffs im Sinne dieser und im Sinne jener Rechtsordnung. Und wäre es selbst wahr, daß es ihr nicht gelungen ist, den Begriff im Sinne des heutigen deutschen Rechts klarzustellen, so würde nicht dies der Grund dafür sein, daß sich der pro futuro wirkende Gesetzgeber auf eigene Füße stellt, sowie umgekehrt die klarste wissenschaftliche Herausarbeitung des Begriffs nach der lata ihn nicht hindert, einen anderen Versuchsbegriff aufzustellen.

Es ist fast unausbleiblich, daß einem Gesetzgeber, der die eigene willensmäßige Stellungnahme nur als Notbehelf vornimmt, auch entgehen wird, daß der Begriff in der Gesamtheit seines Wollens eine zwecklogische Rolle spielt. Die Regelung wird mehr oder weniger ins Blaue hinein planlos ausfallen.

Tatsächlich tun sich auch für die vom Entwurf getroffene Regelung die schwersten Selbstwidersprüche auf. Er wirft sich dem zügellosesten Subjektivismus in die Arme. Objektiv soll

zwar ein Unterschied bestehen zwischen Vorbereitung und Ausführung, und die Vorbereitungshandlungen sollen straflos bleiben. Aber alles Handeln, wie beschaffen es auch war, soll als Versuch strafbar sein, wofern es nicht vollendete Tat war, und der Täter mit Vorsatz handelte, weil solchem Handeln objektiv nur das Negative anzusehen sei, daß es nicht Vollendung war, innerhalb seiner aber keinerlei objektive Scheidungen möglich seien. So soll in Zukunft jeder Mangel an Tatbestand, der volle, wie der teilweise, mit Einschluß des „absolut untauglichen Versuchs“ eben Versuch sein (§§ 23 ff.).

Die Schwächlichkeit dieser Lösung offenbart sich sogleich darin, daß die Scheidung der Fälle einfach auf den Richter abgeschoben wird: § 24 II: „Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen, so darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern“ (scil. noch mehr mildern, als es schon prinzipiell durch § 24 I für den Versuch vorgeschrieben ist); „ist nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten, so darf davon abgesehen werden.“ „Denn,“ so sagt die Denkschrift (S. 39), „andererseits läßt sich nicht verkennen, daß es Fälle des Versuchs gibt, wo eine Bestrafung unbillig wäre. Der Entwurf schlägt deshalb einen Mittelweg ein“<sup>122)</sup>.

Stellt man sich die Definition des Versuchs nach dem Entwurf (§ 23 I) klar vor Augen, so besagt sie angesichts des Verzichts auf objektive Merkmale einfach dieses: „Wer mit dem Vorsatz, eine Straftat zu begehen, irgendeine beliebig gartete Handlung vornimmt, begeht, wenn diese nicht eine vollendete Straftat bildet, einen Versuch.“ Damit ist zunächst klipp und klar gesagt, daß die Handlung in keiner Weise einen gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen braucht. Und das ist eine Umwerfung des ganzen Wertungssystems des Gesetzbuchs. Erst ist durchaus prinzipiell für richtig befunden worden, nicht einmal die Rechtswidrigkeit des Verhaltens zur Strafbarkeit genügen zu lassen, sondern auch noch zu verlangen, daß die rechtswidrige Handlung „Tötung eines Menschen“, „Wegnahme einer fremden beweglichen Sache“ usw. nach Maßgabe des Katalogs der einzelstrafgesetzhchen Tatbestände sei. Und auf einmal sagt dasselbe Willenssubjekt: Ach nein, das meine ich gar nicht so; auch wer weder einen Menschen tötet, noch eine fremde Sache wegnimmt, noch sonst etwas tut, was irgendwie auch nur

<sup>122)</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden L o b e, Dtsch. Richterzeitg. 1921, S. 370; H o n i g, „Die Polizei“ 18, 298.



entfernt mit einem der Tatbestände etwas zu schaffen hat, soll auch strafbar sein, wenn nur der Entschluß des Täters auf einen der Tatbestände gerichtet war. Natürlich könnte der Gesetzgeber an sich eine zweite Bestimmung dieses Inhalts der ersten hinzufügen; aber er muß sich dessen bewußt sein, daß er damit einen ganz anderen Gedanken einführt, und er müßte klar bewußt die Gründe aufzeigen, weshalb er mit seiner erstmaligen grundsätzlichen Stellungnahme bricht. Davon aber ist nach dem Entwurf keine Rede. Es ist ihm nicht einmal zum Bewußtsein gekommen, daß nunmehr in Wahrheit nicht strafbare Handlungen, sondern strafbare Entschlüsse als Grundbegriff auftreten. Die Unstimmigkeit der neuen Versuchsregelung zu dem eigenen Grundstandpunkt des Entwurfs tritt auch äußerlich markant hervor. Seine eigene *dolus*-Definition läßt überhaupt nicht zu, daß man bei einem Versuch von Vorsatz spricht. Nach § 10 II handelt schuldhaft, wer den Tatbestand einer strafbaren Handlung vorsätzlich usw. verwirklicht. Es gibt also Vorsatz nur bei einer Tatbestandsverwirklichung. Da nun nach § 23 der Versuch gar nichts von Tatbestandsverwirklichung an sich hat, so gibt es bei ihm auch keinen Vorsatz; der Inhalt des § 23 ist somit überhaupt nicht denkbar! Ferner müßte nach dem Entwurf der Versuch unverjährbar sein. Denn nach § 122 beginnt die Verjährung mit dem Tage, an dem sich der gesetzliche Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklicht hat, insbesondere der dazu gehörige Erfolg eingetreten ist. Da sich bei dem Versuch im Sinne des § 23 der gesetzliche Tatbestand auch nicht im geringsten verwirklicht zu haben braucht, liegt die Folgerung auf der Hand.

Man sieht: Bei § 23 ist die prinzipielle gedankliche Einstellung einfach vergessen worden.

Indem der Entwurf rein auf den Entschluß des Täters abstellt, nimmt er auch seine Normierung, daß Vorbereitungshandlungen straflos sein sollen, zum Teil zurück<sup>123)</sup>. Denn wenn der Handelnde eine Vorbereitungshandlung vornimmt, die er für eine Ausführungshandlung hält (wenn er z. B. eine stillstehende Höllenmaschine aufstellt im Glauben, sie sei aufgezo- gen), so ist er natürlich nach § 23 wegen Versuchs strafbar<sup>124)</sup>.

Schlimmer aber, als diese unbewußte Lossagung von der wertfunktionellen Bedeutung der Tatbestandsmäßigkeit ist die

<sup>123)</sup> Vgl. Gerland, Krit. Bemerkungen zum Entwurf, S. 39.

<sup>124)</sup> Daß § 23 I auch Vorbereitungshandlungen deckt, wird richtig hervorgehoben von Graf Dohna, Jur. Woch.-Schr. 1921, S. 370; Lobe, Dtsch. Richterzeitg. 1921, S. 103; Honig, „Die Polizei“ 18, 298.

gleichfalls völlig unerwogen gebliebene Lossagung von dem Grundpfeiler des Strafrechts, den das Erfordernis der *Rechtswidrigkeit* bedeutet. Indem § 23 ausschließlich auf die Entschlußrichtung beim Täter abstellt, führt er auch solche Handlungen der Strafbarkeit zu, die die Rechtsordnung anstandslos geschehen läßt. Der Blinde, der, von einem Schalksnarren gefoppt, in einer Steinwüste ein brennendes Streichholz an einen Felsen hält im Wahn, er brenne ein Gebäude an, tut etwas, was man ruhig gewähren lassen kann — wo wäre das „*contra jus*“? *Contra jus* wäre eben nur sein Entschluß, d. h. es liegt schuldhaftes Innerlichkeit, aber nichts Rechtswidriges vor.

Katastrophal spitzt sich diese Regelung dann zu, wenn das Geschehnis sogar vom Standpunkt der Rechtsordnung aus beifallswert, wenn es vollauf rechtmäßig war. Ein Arzt möchte etwa den X. töten; aber ein guter Genius beschützt den X: der Arzt gibt ihm statt vermeintlichen Gifts eine Medizin ein, die dem an einer Krankheit leidenden X. das Leben und die Gesundheit rettet. Die Lebensrettung ist im Sinne des Entwurfs ein Tötungsversuch!

Wie reimt sich mit alledem der Satz (Denkschrift S. 34), daß für Strafbarkeit Rechtswidrigkeit vorliegen muß, putative Rechtswidrigkeit nicht genügt? Und wenn dieser Satz ernsthaft gemeint ist, wie kann der Versuch „rein subjektiv“ bestimmt, wie kann behauptet werden, daß eine objektive Scheidung innerhalb der Fälle, in denen der Täter eine nicht vollendete Handlung mit Vorsatz begangen habe, nicht möglich sei?

Oder soll etwa die Rechtswidrigkeit eben kraft des § 23 bei allen derartigen Handlungen gegeben sein? Dann wäre doch z. B. die Polizei verpflichtet, den Arzt daran zu verhindern, dem X. die rettende Medizin einzugeben! Und die Krankenschwester, die dem Arzt die rettende Medizin statt des Gifts in die Hand spielt, leistete Beihilfe zu einer rechtswidrigen und strafbaren Handlung! Höher hinauf kann die Konfusion gewiß nicht gehen!

Wie sehr der § 23 mit seinem Subjektivismus einen erratischen Block in dem gesamten Wertungssystem des Entwurfs bildet, wie wenig ein volitivlogischer Denkbzusammenhang durch diesen hindurch geht, tritt auch in folgendem hervor:

Einmal: Der Versuch soll nach § 24 I milder als das vollendete Delikt strafbar sein. Aber wenn der verbrecherische Entschluß als solcher es ist, der ohne jede Hinzunahme von Objektivem das „Ob“ der Strafbarkeit rechtfertigt, so kann doch folgerichtig auch für das „Wie hoch“ der Strafbarkeit nur die

Schwere der inneren Seite entscheiden, und man fragt vergeblich, wie dabei auf einmal die objektive Seite bedeutsam werden soll.

Weiter: Vorbereitungshandlungen sind sichtlich objektiv schon bedeutsam; dennoch und obschon in ihnen der „böse Wille“ sich auch schon „manifestiert“, läßt sie der Entwurf straflos. Und die objektiv gar nichts Arges bedeutenden Fälle des „absolut untauglichen Versuchs“ sollen strafbar sein? Das Wertverhältnis erscheint hier auf den Kopf gestellt.

Sehr ergötzlich wirkt auch die Bestimmung über strafbefreienden Rücktritt in Anwendung auf den absolut untauglichen Versuch. Nach § 25 machen „ernsthafte Bemühungen“ um Erfolgshintertreibung straflos. Also wem nach Begehung solch untauglichen Versuchs sofort ein Licht aufgeht, sodaß er natürlich „ernsthafte Bemühungen“ um Hintertreibung des Erfolgs unterläßt, — der ist strafbar; der Narr dagegen, der in seinem Wahn befangen bleibt und sich unsinnig um „Erfolgshintertreibung“ abzappelt, ist straflos.

Endlich ist dem Entwurf nicht in den Sinn gekommen, zu überlegen, daß doch die Bedrohungsdelikte mit dem Versuch Verwandtschaft haben, und es hier gilt, gewisse Wertproportionen einzuhalten. Und so ergibt sich nach dem Entwurf das schreiende Mißverhältnis: Wer einen anderen wirklich mit dem Tode bedroht, den trifft nach § 311 höchstens 1 Jahr Gefängnis, es kann sogar auf Geldstrafe erkannt werden; und wer seine Tötungsdrohung landesgefährlich gestaltet, auch er, der Landzwinger, verfällt nach § 213 einer höchstens zweijährigen Gefängnisstrafe. Wer aber etwas tut, wovon er sich zwar einbildet, daß es einem anderen den Tod bringe, wobei ihn aber alle Mitbewesenden unter allgemeiner Heiterkeit ruhig gewähren lassen, weil es für sie erkennbar ein absolut untauglicher Versuch ist, den trifft die sehr viel schwerere Strafe der versuchten Tötung! Es tritt eben auch hier wieder greifbar hervor, daß die Abstufung der Strafdrohungen nach den Tatbeständen Sinn und Verstand verliert mit dem Augenblicke, in dem hintendrein der Versuchssubjektivismus sein Unwesen treibt.

Das Motiv für die Entwurfsverfasser für Einbeziehung des absolut untauglichen Versuchs in den Versuchsbegriff ist (abgesehen von der gedanklichen Unklarheit und dem dadurch erzeugten Glauben an ein „non possumus“) das Gefühl gewesen: man könne doch den Fällen des absolut untauglichen Versuchs gegenüber nicht passiv bleiben: „Die Bevölkerung würde das nicht verstehen.“ (Denkschrift S. 39.) Aber wenn ein Gesetzgeber den *Civium ardor prava jubentium* dadurch zur Vernunft

bringen wollte, daß er erklärte: strafen kann ich unmöglich, aber dem, der durch absolut untaugliches Handeln seine Gefährlichkeit erweist, soll durch sichernde Maßnahmen das Handwerk gelegt werden — das sollte die Bevölkerung nicht verstehen? Dann würde sie die vom Entwurf ja herausgearbeitete Scheidung von Strafe und Sicherung überhaupt nicht verstehen. Und was „die Bevölkerung“ nicht haben will, das ist bei rechter Klärung nur das völlige Passivbleiben der Staatsgewalt. Darin hat sie auch ganz recht. Denn wenn sichernde Maßnahmen gegen den am Platze sind, der eine strafbare Handlung verübt hat, so sind sie es in gewissem Sinne noch viel mehr gegen den, dessen Entschluß auf eine strafbare Handlung gerichtet war, sie aber nicht zuwege gebracht hat. Der Erstere ist gewissermaßen „saturiert“; und wenn man ihm neue Straftaten zutraut, so bedeutet das, daß man lediglich aus allgemeinen psychologischen Erwägungen heraus vermutet, er werde neue verbrecherische Pläne schmieden. Wer dagegen seinen ersten Plan nicht durchgeführt hat, bei dem ist schon das Festhalten an diesem ersten Plan mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten. Und das gilt für die Fälle absolut untauglichen Handelns nicht minder, vielleicht bisweilen sogar mehr, als für die Fälle des Versuchs!

Sollte dann schließlich noch behauptet werden, daß der absolut untaugliche Versuch insofern immerhin auch mit dem Strafgesetz selber zu erfassen sei, als er den Rechtsfrieden störe oder gefährde, so trifft dies natürlich zunächst überhaupt nicht alle Fälle des absolut untauglichen Versuchs: Der Täter kann ja der einzige gewesen sein, der sich im Wahn befand, und alle, die dabei waren, können sich über seine Bemühungen vor Lachen gekrümmt haben. Sodann aber liegt bei den Handlungen, die wirklich jemanden beunruhigt haben, eben wegen dieses — objektiven — Moments eine Handlung vor, die sich zu einer Erfassung als gesetzlicher Tatbestand *sui generis* eignet, der auf den gleichen Grundgedanken hinausläuft wie die „Drohungs“-Tatbestände. So möge der Gesetzgeber einfach zu den §§ 311, 213 einen entsprechenden Zusatz machen, und alles ist in schönster Ordnung.

So sieht der logische Gesundungsprozeß aus, dem der Entwurf zu unterziehen ist. Daß es begrifflich ausgezeichnet „geht“, den wirklichen Versuch vom absolut untauglichen exakt zu scheiden, ist oben S. 180 ff. gezeigt <sup>125)</sup>.

<sup>125)</sup> Eine Wiederaufnahme der ominösen Wendung „unter keinen Umständen“ aus dem Kommissionsentwurf zur Charakterisierung des „absolut untauglichen Versuchs“, wie sie Gerland a. O. S. 40 vorschlägt,



## 7. Die Teilnahmelehre nach dem Entwurf.

Sie ist, um es gleich von vornherein zu sagen, von den schwersten methodischen Fehlern durchwirkt, so daß sich aller Ecken und Enden Unbegreiflichkeiten einstellen.

Vor allem ist es auch hier wieder die Verkennung der gesetzgeberischen Aufgabe: die hier auftretenden Begriffe funktionell im engen Verbande mit dem volitivlogischen Wertungszusammenhang des ganzen Gesetzgebungswerks zu schaffen, die sich schwer rächt. Auch hier der Wahn, man habe Begriffe vor sich, die rein der richtigen Erkenntnis harren, die „von selbst“, d. i. außerhalb des gesetzgeberischen Denkens gegeben seien, während es sich um Begriffe handelt, die der Gesetzgeber einerseits selbst zu prägen hat und bei denen er andererseits doch in Abhängigkeit von dem steht, was für ihn selber als das logische prius schon erledigt ist. Dazu gesellen sich dann noch weitere Verstöße gegen die Logik, die dem unglücklichen Denkgebilde vollends den Rest geben.

Wie oben <sup>126)</sup> aufgezeigt, liegt der methodische Anfang der gesamten Täterschafts- und Teilnahmelehre bei den strafgesetzlichen Tatbeständen. Wenn § 282 I des Entwurfs sagt: Wer einen anderen tötet, wird mit Zuchthaus bestraft, so ist sofort die Frage: wer ist es, von dem man sagen kann, er habe „einen anderen getötet“. Der, von dem man dies sagen kann, ist der „Täter“ im Sinne dieses Paragraphen, er ist nach diesem Paragraphen zu behandeln; von wem man es nicht sagen kann, der ist nicht „Täter“ und bleibt außer Betracht. Von dieser elementaren Feststellung aus gilt es, denkend weiterzuschreiten <sup>127)</sup>. In Beziehung auf das abstrakte Vorstellungsbild „Tötung eines anderen“ treten nun verschiedene tatsächliche Sachlagen in unserem Vorstellen problematisch hervor. Sie ergeben sich daraus, daß entweder nur ein einziger Mensch in Frage steht, der mit der Tatbestandsverwirklichung in Beziehung steht, oder aber mehrere, und in letzterem Falle, daß sich die Art und Weise, wie die Handlungen dieser mehreren äußerlich oder innerlich beschaffen sind, differenziert. Man kann

wäre danach zu vermeiden. Auch bei dem „absolut untauglichen“ Versuch sind immer die z. Z. der Handlung konkret gegebenen Umstände in die Rechnung einzustellen. Es kommt nur darauf an, ob es von ihnen aus nach objektiver Erfahrung zur Tatbestandsverwirklichung kommen konnte oder schlechterdings nicht kommen konnte.

<sup>126)</sup> 184 ff.

<sup>127)</sup> Es sei gestattet, hier und weiterhin immer nur auf den Tatbestand „Tötung eines anderen“ zu exemplifizieren. Was ihm recht ist, ist den anderen Tatbeständen billig. Sie alle haben ja ein jeder im Rahmen des Komplexes der ihm geltenden Strafgesetze die gleiche Funktion.

nun diese verschiedenen Möglichkeiten sehr wohl nach tatsächlichen Kategorien ordnen. Aber worauf es ankommt, das ist und bleibt die Frage: welche dieser Kategorien fallen unter den einzelstrafgesetzlichen Täterbegriff; von wem kann man sagen, er habe „einen anderen getötet“ (Täter) und von wem nicht?

I. Was ein Gesetzgeber unter „Tötung eines anderen“ sich denkt und was er also darunter verstanden wissen will, das ist nun natürlich ganz seine Sache. Aber was er sich darunter denkt, das muß dann im ganzen Begriffssystem festgehalten werden. Sonst wirft der Gesetzgeber den § 282 I wieder um und liefert ihn der Unverständlichkeit aus. Und ebenso müssen sich Unfaßlichkeiten einstellen, wenn ihm das Vorstellungsbild der „Tötung eines anderen“ überhaupt nicht exakt vor der Seele stand.

Zwei Möglichkeiten sind denkbar. Einmal: Der Gesetzgeber denkt sich unter der „Tötung eines anderen“ jede wie immer gartete Bewirkung des Todes oder Mitwirkung an der Herbeiführung. Wenn er dann noch Bestimmungen über Anstiftung usw. aufstellt, so können diese nur den Sinn haben, bestimmte Kategorien von Tätern auszusondern, um sie besonderer Behandlung (qualifizierender oder privilegierender oder strafbefreiender) zuzuführen. Zu dem § 282 I treten diese Spezialbestimmungen derart hinzu, daß ohne sie der § 282 I auf diese Kategorien Anwendung fände. Sie besagen, daß, „wer einen anderen tötet“, doch nicht nach § 282 I bestraft werden soll, wenn er die „Tötung eines anderen“, die ihm zur Last liegt, in besonderer Weise (als Anstifter usw.) vollbracht hat. Es stehen sich die Einzelstrafgesetze und die Bestimmungen über Anstiftung usw. als *leges generales* und *leges speciales* gegenüber. Umgekehrt: der Gesetzgeber zielt mit seinem „wer einen anderen tötet“ nur auf einen engeren Kreis ab; dann bedeuten die Bestimmungen über Strafbarkeit der anderen, also etwa der Anstifter, daß sie, eben weil von ihnen nicht gilt, daß sie „einen anderen getötet“ hätten, straflos wären, soweit es auf das Einzelstrafgesetz ankommt und erst kraft zusätzlicher Vorschrift der Strafbarkeit zugeführt werden. Die Einzelstrafgesetze und die Zusatzgesetze stehen koordiniert nebeneinander.

Im ersten Falle besteht zwischen den verschiedenen Kategorien insofern kein objektiver Unterschied, als sie alle eben „einen anderen getötet“ haben. Folgeweise gehört bei jedem unterschiedlos zum *dolus* die Vorstellung, daß er „einen anderen töte“. Worin die Spezialmerkmale der Anstiftung usw. liegen sollen, das zu bestimmen ist Sache des Gesetzgebers; aber sie können nur in objektiver oder subjektiver Spezialisierung be-

stehen, unmöglich ist z. B. das Auftreten eines gegensätzlichen dolus.

Umgekehrt im zweiten Falle. Da fallen eben Anstifter usw. aus dem Tatbestande heraus, sie unterscheiden sich schon objektiv von dem Täter, sie haben gerade nicht „einen anderen getötet“. Folgeweise ist auch ihr dolus ein anderer als beim Täter.

Weiter unterscheiden sich die beiden Stellungnahmen auch insofern, als im ersten Falle das der Tatbestandsverwirklichung geltende Einzelstrafgesetz auch für die Spezialfälle maßgebend bleibt, soweit nicht für diese besondere Gründe eingreifen, die den Gesetzgeber veranlassen, Gegenteiliges ausnahmsweise zu bestimmen, während im zweiten Falle die zum Täter hinzugefügten Figuren eine eigene Behandlung erfahren. Ist der Anstifter einer, der „einen anderen tötet“, und gibt es ein Einzelstrafgesetz gegen fahrlässige Verwirklichung dieses Tatbestandes, so fällt darunter auch der fahrlässige Anstifter, soweit nicht das Gegenteil anzuordnen für gut befunden wird; ist der Anstifter nicht im Kreise derer inbegriffen, die „einen anderen töten“, so ist von vornherein offene Frage, was für seine Fahrlässigkeit bestimmt werden soll. Stellt ein gesetzlicher Tatbestand ein höchstpersönliches Erfordernis auf, so gilt dieses im ersten Falle ohne weiteres auch für den Anstifter; im zweiten Falle nicht. Wird der Versuch der „Tötung eines anderen“ für strafbar erklärt, so fällt im ersten Falle ohne weiteres der Anstiftungsversuch darunter; im zweiten Falle nicht.

Der Entwurf zeigt nun ein merkwürdiges Durcheinander der Begriffe. Er arbeitet mit den fünf Kategorien: „Täter“, „mittelbarer Täter“, „Mittäter“, „Anstifter“, „Gehilfe“, die aber in den verschiedensten Beziehungen ineinander verschwimmen und miteinander, logisch genommen, auf Kriegsfuß stehen.

„Täter“ soll nach § 26 I sein, „wer eine Straftat selbst begeht“. Wäre dieser Satz aufgestellt, um zum Ausdruck zu bringen, daß niemand für fremdes Verhalten gestraft werden kann, so läge darin eine sehr richtige Feststellung, aber eine völlig überflüssige; denn im ganzen Bereich der heutigen Gesetzgebung und so auch im Entwurf lauten alle Einzelstrafgesetze und alle Strafdrohungen des allgemeinen Teils dahin: „wer sich so oder so verhält, wird gestraft“; nirgends ein Gesetz, das etwa lautet: „wenn A. sich so oder so verhält, wird B. bestraft“. Aber der Satz will mehr besagen: er will das Kriterium des „Täters“ im Sinne der Einzelstrafgesetze festlegen und einen Gegensatz gegen die übrigen Kategorien (mit Ausnahme der Mittäterschaft) aufrichten. Das tut er aber nicht. Denn auch der unmittelbare

Täter, der Anstifter und der Gehilfe, begehen doch ihre Straftat „selbst“. Eine Straftat, die ich nicht selbst begehe, begehe ich eben überhaupt nicht, und eine solche, die ein anderer begeht, geht mich nichts an. Es ist verkannt, daß es sich bloß um juristische Gesichtspunkte handelt, unter denen das — natürlich — selbsteigene Verhalten eines Menschen bestraft werden soll. Was gemeint ist, das ist vielmehr: es (muß nicht bloß das Verhalten das eigene Verhalten des zu Strafenden sein, sondern es) müssen die tatbestandsmäßigen *Tatumstände selbsteigene* des Handelnden sein, sie müssen auf ihn unmittelbar, genauer, ohne Dazwischentreten eines von ihm veranlaßten anderen, zutreffen.

Dieser Sinn erhellt aus § 26 II und § 28 II, die vom mittelbaren Täter bzw. vom Anstifter sprechen: diese beiden Figuren werden begrifflich vom „Täter“ des § 26 I geschieden; mittelbarer Täter und Anstifter sind keine „Täter“, nur wird der Erstere „als Täter bestraft“, der Letztere „wie ein Täter bestraft“. Beide Paragraphen bereiten aber neue Überraschungen, ein jeder in sich, und beide im Zusammenhalt miteinander.

§ 26 II definiert: „Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der diese Tat nicht selbst vorsätzlich begeht oder nicht zurechnungsfähig ist. Mittelbare Täterschaft liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere in Wahrheit die Straftat vorsätzlich begangen hat und zurechnungsfähig war.“ Das ist zunächst eine Entgleisung im Ausdruck. Ob jemand strafbar ist, hängt natürlich von bestimmten Gegebenheiten selber ab; was sich bezüglich ihrer (gleichzeitig oder nachträglich) „ergibt“, betrifft die außerhalb des Strafrechts liegende Erkenntnis- oder Beweisfrage. Wie abwegig die Formulierung des zweiten Satzes („sich nachträglich ergibt“), ist, zeigt sich schlagend in dem Falle, daß die bei der Tat anwesenden Personen sofort erkannten, daß „der andere“ die Tat vorsätzlich zurechnungsfähig beging; hier ergibt sich diese Sachlage nicht erst „nachträglich“. Der Gedankenfehler ist der gleiche, wie wenn etwa die vorsätzliche Tötung dahin umrissen würde: „Als Mörder wird bestraft, wer auf einen anderen geschossen hat, wenn sich nachträglich ergibt, daß er diesen getötet hat und er mit Vorsatz und Überlegung gehandelt hat.“ Alle derartigen Fehlformeln zerbrechen auch sofort in Stücke, sobald man versucht, ihnen gemäß die schwurgerichtliche Schuldfrage zu formulieren. Wie die Fragestellung gemäß § 26 II Satz 2 aussehen soll, wird niemand zu sagen vermögen.



Was gemeint ist, das ist: mittelbare Täterschaft liege auch vor, wenn der Secundus vorsätzlich zurechnungsfähig gewesen sei, und der Primus ihn irrig als sein bloßes Werkzeug angesehen habe. Damit aber kommen wir vom Regen in die Traufe. Denn nunmehr besagt Satz 2 das gerade Gegenteil des ersten Satzes in § 26 II. Der erste Satz stellt als begriffliches Erfordernis die Vorsatzlosigkeit des Secundus auf, der zweite widerruft dies. Ein klassischer Vorstoß gegen das logische Gebot der geschlossenen, in sich fertigen Begriffsbildung!

Genau die gleichen Fehler haften dem Anstiftungsparagraphen 28 I an. „Anstifter ist, wer vorsätzlich einen anderen zu der von diesem vorsätzlich begangenen Straftat bestimmt hat,“ sagt Satz 1. Satz 2 fügt hinzu: Nein, das ist doch nicht so, „Anstiftung liegt auch dann vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete in Wahrheit nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war“.

Und vergleichen wir nun § 26 II und § 28 II miteinander, so stellt sich verblüffend heraus: mittelbare Täterschaft und Anstiftung sind begrifflich absolut identisch<sup>128)</sup>: Die beiden Sätze des § 26 II zusammengenommen zeichnen das Bild des mittelbaren Täters dahin: er bestimmt einen anderen zu einer Straftat, mag dieser andere mit oder ohne dolus, mit oder ohne Zurechnungsfähigkeit, gehandelt haben; ganz das gleiche Bild eröffnet § 28 I aber für die Anstiftung! Das Unterscheidende muß man erraten, da es nicht ausgedrückt ist: gemeint ist: mittelbarer Täter ist, wer richtig oder falsch den anderen für nicht zurechnungsunfähig oder nicht in dolo befindlich ansieht; Anstifter, wer den anderen richtig oder falsch für zurechnungsfähig in dolo befindlich ansieht.

Die Entwurfsregelung läuft also auf folgendes hinaus: Mittelbarer Täter und Anstifter sind einesteils begrifflich vom Täter objektiv geschieden; man kann von keinem von ihnen sagen, daß er „einen anderen getötet“ habe, sie fallen nicht unter § 282 I und würden straflos sein, wenn keine Zusatzregelung erfolgte. Diese erfolgt nun so, daß das „Bestimmen (oder Veranlassen) eines anderen zur Tötung eines (wiederum) anderen“ hinzugefügt wird. Diese objektiv einheitliche Figur, der dann natürlich ein einheitlicher Dolus entspricht, zerlegt sich dann in die zwei Figuren der mittelbaren Täterschaft und der Anstiftung so, daß die Vorstellung des Handelnden von der Geistesverfassung des anderen, einerlei, ob richtig oder nicht, differenzierend wirkt.

<sup>128)</sup> Vgl. auch Mezger, DStrRZ. 8, 207.

Alle 3 Figuren aber wiederum werden einheitlicher Wertung unterstellt: der unmittelbare Täter und der Anstifter werden jener „als Täter“, dieser „wie ein Täter“ bestraft.

War nun diese Gleichwertung das Ziel der Regelung, so konnte der Entwurf das einfacher haben. Wozu dann überhaupt 3 Begriffe, da doch nur *e i n e* juristische Funktion? Dann genügt doch die Erklärung: mit dem „wer“ in jedem Einzelstrafgesetz sei unterschiedlos derjenige gemeint, der den Tatbestand unmittelbar oder durch einen anderen verwirkliche und im letzteren Falle ohne Unterschied, ob dieser andere den Tatbestand vorsätzlich schuldhaft verwirklicht oder nicht.

Aber freilich: Diese Wertgleichsetzung hat doch sehr ihren Haken: es ist gar nicht wahr, daß der mittelbare Täter „als Täter“, der Anstifter „wie ein Täter“ strafbar sind. Wäre das wahr, so müßten folgerichtig fahrlässige Anstiftung und fahrlässige mittelbare Täterschaft im gleichen Umfange wie fahrlässige Täterschaft strafbar sein. Aber beide sind straflos: §§ 26 II und 28 I erfordern Vorsatz. Das bedeutet übrigens gegenüber dem geltenden Recht eine Änderung insofern, als nach diesem fahrlässige mittelbare Täterschaft strafbar ist: Weshalb diese Änderung, ist nicht ersichtlich<sup>129)</sup>! Weshalb soll die fahrlässige Herbeiführung des Todes eines anderen durch ein persönliches „Werkzeug“ anders bewertet werden, als die durch Auslösung unpersönlicher Kräfte begangene?

Wäre die Wertgleichstellung wahr, so müßte ferner der Versuch gleichbehandelt werden; aber Anstiftungsversuch ist straflos, Versuch bei der mittelbaren Täterschaft strafbar — ein Ergebnis, das angesichts des angeblich rein psychischen Unterschieds zwischen beiden Figuren nicht recht erklärlich ist.

Spürt man den Beweggründen nach, die zu der verunglückten Regelung geführt haben, so wird man inne, daß diese lediglich dazu dienen soll, im Interesse der Strafgerechtigkeit die Bestrafung dessen zu ermöglichen, der einen von ihm für geistig gesund gehaltenen Geisteskranken zu seinem Verhalten veranlaßt hat. Nach geltendem Recht ist ein solcher Täter nicht strafbarer Täter im eigentlichen Sinne, denn es gebrach ihm am Tätervorsatz; er ist auch nicht strafbarer Anstifter, denn er hat nicht zu einer „strafbaren Handlung“ angestiftet, da zu dieser die Schuld als Handelnden gehört. Der Entwurf glaubt hier dadurch Abhilfe bringen zu können, daß er das „Prinzip der Akzessorietät der Anstiftung“ aufgibt und mittelbare Täterschaft und Anstiftung objektiv in Eins verschmilzt. Hier

<sup>129)</sup> Zutreffend Gerland a. O. 33.

läuft eine Selbsttäuschung über Sinn und Reichweite der „Akzessorietät“ unter. In Wahrheit schränkt der Entwurf die Akzessorietät der Anstiftung nur in einem Punkte ein, im übrigen läßt er sie nicht nur bestehen, sondern dehnt sie in diesem Umfange auf die (bisher nicht-akzessorische) mittelbare Täterschaft aus. „Akzessorisch“ war die Anstiftung bisher zunächst begrifflich, insofern sie nicht in den gesetzlichen Tatbeständen inbegriffen war und auch keinen eigenen gesetzlichen Tatbestand ausmachte, sondern immer nur im Zusammenhalt mit einem solchen in Betracht kam, womit dann die Akzessorietät der Strafdrohung Hand in Hand ging. Akzessorisch war sie zweitens, insofern eine wirklich begangene Haupttat mit allen Merkmalen einer strafbaren Handlung (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld) zu den begrifflichen Merkmalen der Anstiftung gehörte. Der Entwurf tilgt nun das Erfordernis der Schuldhaftigkeit der Haupttat. Alles übrige bleibt wie es war. Und das eigentlich Hauptsächliche ist nun, daß die so eingeschränkte Akzessorietät auch auf die mittelbare Täterschaft übertragen wird, insofern deren Unterschied von der Anstiftung lediglich in ein zum Vorsatz hinzutretendes psychisches Moment verlegt wird. Vom mittelbaren Täter gilt, wie vom Anstifter, daß von ihm nicht gesagt werden darf, er habe „einen Anderen getötet“, er ist arg. § 26 I verglichen mit § 26 II eben nicht „Täter“; auch gibt es keinen Tatbestand *suigeneris* „mittelbare Täterschaft“, sondern der Begriff kann nur in bezug auf die vorhandenen gesetzlichen Tatbestände vollzogen werden. Und weiter verlangt die mittelbare Täterschaft eben auch wie die Anstiftung eine „Haupttat“ eines Täters, nur daß — wie jetzt auch bei der Anstiftung — bei dieser keine Schuldhaftigkeit vorzuliegen braucht. Die Verurteilung wegen mittelbarer Täterschaft wie wegen Anstiftung erfolgt nicht, weil der betreffende „einen Anderen getötet“, sondern weil er einen Anderen dazu veranlaßt hat, einen (wiederum) Anderen zu töten.

Setzt nun die mittelbare Täterschaft ein Bezugsverhältnis zu einer von einem Anderen rechtswidrig begangenen Tatbestandsverwirklichung voraus, so ergeben sich folgende Konsequenzen:

a) Auf der einen Seite: Wenn das, was Secundus getan hat, bei ihm keine tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung ist, so entfällt die Strafbarkeit des Primus. Hat z. B. der geisteskranke Secundus auf Einflüstern des Primus sich das Leben genommen oder seine eigene Sache zerstört, so ist Primus weder Täter, denn er hat nicht die „Tötung eines Anderen“ bzw. die Beschädigung einer fremden Sache „selbst“ begangen, um mit § 26 I zu sprechen; noch auch mittelbarer Täter, denn Secundus hat nicht „eine Straftat“ „ausgeführt“

(§ 26 II), da er nicht „einen Anderen“ getötet, nicht eine „fremde“ Sache zerstört hat.

b) Umgekehrt: Wenn das, was Secundus getan hat, bei ihm eine schuldlose rechtswidrige tatbestandsmäßige Handlung ist, so ist Primus, der ihn dazu vermocht hat, nach Maßgabe des Strafgesetzes strafbar, das auf Secundus Anwendung fände, wenn er mit der erforderlichen Schuld gehandelt hätte. Hat z. B. ein geisteskranker Beamter sich auf Veranlassung des Primus bestechen lassen, so ist dieser Letztere wegen Bestechlichkeit, also Amtsvergehens, strafbar; hat der geisteskranke Secundus, durch Primus dazu gebracht, Blutschande oder Ehebruch begangen, so wird Primus wegen von ihm begangener Blutschande bzw. Ehebruchs bestraft.

Zu der hiermit angestoßenen Frage nimmt der Entwurf in § 30 I Stellung: „Bestimmt das Gesetz, daß besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit begründen, so sind der mittelbare Täter, Anstifter und Gehilfe auch dann strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen nicht vorliegen.“ Diese (für den Anstifter durchaus sachgemäße) Bestimmung bricht nun von der ersten Konsequenz (a) gar nichts ab. Denn § 30 I besagt nur, daß die „besonderen Eigenschaften“ (wenn man hier überhaupt von solchen reden kann) nicht auch bei dem mittelbaren Täter vorzuliegen brauchen, nicht aber, daß ihr Vorliegen bei letzterem das Nichtvorliegen bei Secundus ersetzen könne. In Ansehung der zweiten Konsequenz (b) enthält § 30 I eine ausdrückliche Bestätigung; er zieht eben hier selber die Konsequenzen der Akzessorietät der mittelbaren Täterschaft. Der Entwurf wandelt hier in den Spuren Bindings, dessen Begriff der „Urheberschaft“ auf seine Weise verwendend. Nun erheben sich hier aber sachlich, vom wertenden Standpunkt aus, schwere Bedenken<sup>130)</sup>. Die gesetzlichen Tatbestände, soweit sie auf Vorhandensein bestimmter persönlicher Beziehungen Gewicht legen, haben damit gerade zum Ausdruck bringen sollen, daß dem Vorstellungsbilde ohne diese Beziehungen das wertlich Charakteristische fehlt. So verständlich es auch ist, daß dann weiterhin die Strafbarkeit sub titulo der Anstiftung unabhängig davon gestellt wird, ob der Anstifter selber den persönlichen Erfordernissen genügt, so wenig geht es an, der Beamtenbestechlichkeit, dem Ehebruch, der Blutschande das Verhalten dessen einfach gleichzustellen, der Geisteskranke zu solchem Verhalten gebracht hat. Sind diese „Urheberschaften“ strafwürdig, so erheischen sie ihre eigenen gesetzlichen Tatbestände. Ganz augenscheinlich ist sich der Entwurf auch der Tragweite des § 30 I gar nicht bewußt geworden. Ein Haupt-

<sup>130)</sup> Vgl. auch Gerland a. O. 36.



kapitel, in dem sich der Grundgedanke des § 30 I bewähren müßte, ist das Meineidskapitel. Hat Secundus einen falschen Eid geschworen, von Primus dazu veranlaßt, so ist nach § 30 I Primus, der den Secundus als geisteskrank angesehen hat, nach § 26 II als Meineidshaupttäter mit der regelrechten Meineidsstrafe strafbar, und zwar einerlei ob Secundus wirklich geisteskrank oder -gesund war; denn die „Besonderheit“ der Einsetzung des Gewissens lag bei Secundus vor, und es ist nach § 30 I gleichgültig, ob sie auch bei Primus vorlag. Aber §§ 222/3 regeln die Veranlassung zu falschem Eide im Anschluß an StGB. 159/160 besonders. Nun schließt die Logik solche Sonderregelung natürlich nicht aus. Aber das Regelungs-subjekt muß sich des gedanklichen Zusammenhangs bewußt sein und sagen können, warum es vom wertenden Standpunkte aus es für die herausgehobenen Fälle nicht bei der Grundregel läßt. Daß und weshalb für die Herbeiführung eines Falscheids von § 30 I ausnahmsweise abgegangen wird, läßt aber der Entwurf beiseite liegen.

Abhilfe gegenüber allen diesen methodischen Fehlgängen ist unschwer zu bringen<sup>131</sup>). Der Gesetzgeber möge sich fragen, ob nicht die durch einen nicht oder nicht in vollem Umfang verantwortlichen Anderen vollzogene Tatbestandsverwirklichung nicht dem Werte nach durchaus gleichbedeutend ist mit der „unmittelbar“ vollzogenen Tatbestandsverwirklichung. Bejaht er dies, und er wird es sicher bejahen, so ist funktionell ein einziger beide Möglichkeiten umspannender Begriff der „Täterschaft“ gegeben. Der Eine wie der Andere hat dann eben im Sinne der Einzelstrafgesetze „einen Anderen getötet“. Die Einzelstrafgesetze finden dann ohne jede Modifikation Anwendung auf den mittelbaren Täter; er ist auch bei Fahrlässigkeit, auch wegen Versuchs strafbar, und bei persönlichen Merkmalen kommt es nur darauf an, ob sie bei ihm vorlagen. Für die danach ungedeckt bleibenden „Urheberschaften“ bedarf es dann besonderer Erwägung, ob sie nach Art des § 160 StGB. die Aufstellung besonderer Einzelstrafgesetze nach sich ziehen sollen. Die Anstiftung endlich mag bleiben, was sie jetzt ist: die Zweit- und Mitverantwortlichkeit neben einem Erstverantwortlichen.

Wird dann die dolus-Lehre dahin ausgebaut, daß der dolus nicht notwendig die Entschlußrichtung auf die Tatumstände voraussetzt, die gerade den vom Täter objektiv verwirklichten gesetzlichen Tatbestand ausmachen, daß vielmehr auch die Annahme der einen anderen Tatbestand entsprechenden Tatumstände genügt, und dann die Strafdrohung für anwendbar erklärt wird, die sich an den

<sup>131</sup>) Vgl. zum folgenden oben S. 188 ff.; vgl. auch Wachenfeld Arch. f. RPhil. 15 85.

objektiv verwirklichten Tatbestand anheftet, wenn der täterische Entschluß einem gleich- oder höherwertigen Tatbestand entspricht, sonst diejenige Strafdrohung, die dem täterischen *dolus* entspricht<sup>132)</sup>, — so bedarf es nun nur noch der Übertragung dieses Äquivalenzgedankens auf gesetzliche Tatbestände und tatbestandliche Erscheinungsformen im Verhältnis zu einander, — und das eigentliche Ziel, dem die Teilnahmeregelung des Entwurfs zustrebt, ist erreicht: Tätersvorsatz und Anstiftersvorsatz sind nunmehr auswechselbar, und es ereilt auch den mit Tätersvorsatz handelnden Anstifter und den mit Anstiftersvorsatz handelnden Täter die verdiente Strafe<sup>133)</sup>.

II. Von nicht minder schweren Denkfehlern ist die Entwurfsregelung der Beihilfe durchzogen.

Hört man die Denkschrift (S. 44), so muß man glauben, der Entwurf verschreibe sich mit Haut und Haar der subjektiven Theorie: „Die Fassung (des Mittäter-Paragraphen 27) stellt gemäß der Rechtsprechung des Reichsgerichts klar, daß sich Mittäterschaft und Beihilfe nur durch die Richtung des Vorsatzes unterscheiden. Der Mittäter will selbst zusammen mit dem Anderen eine Straftat begehen, der Gehilfe eine fremde Tat fördern. Darauf, ob die äußere Tätigkeit sich als Vorbereitung, Unterstützung oder Ausführung darstellt, kommt es nicht an.“ Schon die ersten Worte lassen fast mit Sicherheit auf einen methodischen Fehler im Ausgangspunkte schließen: als seien die Begriffe der Beihilfe und der Mittäterschaft allgemeingültige zeitlose Kategorien, die es nur zu erkennen und „festzustellen“ gelte, als seien es nicht funktionelle Zwecksystembegriffe, die erst entsprechend der Rolle, die sie spielen sollen, zu prägen sind. Und insbesondere: „gemäß“ der Rechtsprechung des Reichsgerichts? Die Auffassung des Reichsgerichts, gesetzt selbst, sie sei für das geltende Recht richtig, kann doch für den Gesetzgeber nicht maßgebend sein, da sie eben nur Auffassung vom Sinne des geltenden Rechts ist. Übernimmt sie der Gesetzgeber, was ihm freisteht, so trifft er eine Normierung, wie sie nach Meinung des Reichsgerichts schon für das heutige Recht gilt, aber nicht „gemäß“ ihr.

<sup>132)</sup> Oben S. 166, 192.

<sup>133)</sup> Keine durchgreifende Abhilfe würden die Vorschläge Mezgers DStrRG. 8, 207 bringen. Er ordnet die mittelbare Täterschaft in die Kategorie der Anstiftung ein. Damit ist die funktionelle Verschiedenheit der sekundären und der primären Verantwortlichkeit verschoben, und es ergibt sich, gewiß zweckwidrig, daß die versuchte Tatbegehung in mittelbarer Täterschaft wie der Anstiftungsversuch straflos bleibt. Wenn Mezger sodann hinsichtlich der strafbarkeitbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bestimmt wissen will, daß deren Vorliegen bei einem der Beteiligten für die Strafbarkeit aller genügen soll, so trägt dies viel zu weit, wie aus unseren obigen Darlegungen ersichtlich geworden sein dürfte.

Dabei verfällt nun die Denkschrift sogleich ganz wie das Reichsgericht in den Fehler, zu meinen, die subjektive Theorie spalte die Begriffe Täter und Gehilfe nach Maßgabe eines gegensätzlichen Inhalts des Vorsatzes. Hier werden der juristische dolusbegriff und der psychologische Vorsatzbegriff nicht auseinandergehalten<sup>134</sup>). Ist die Voraussetzung richtig, daß Täter und Gehilfe objektiv ununterscheidbar seien, so heißt das — am Beispiel des § 282 I klargestellt —, daß man vom Gehilfen genau wie vom Täter sagen muß, er habe „einen Anderen getötet“. Ist aber innerhalb der „Tötung eines Anderen“ zwischen jenen Spielarten kein begrifflicher Unterschied, so gibt es eben nur einen einheitlichen dolus der „Tötung eines Anderen“, der keine Zerlegung duldet. Hat das Hinreichen der Mordwaffe die objektive Bedeutung, „Tötung eines Anderen“ zu sein, so macht der dementsprechende Entschluß eben den Vorsatz aus, „einen Anderen zu töten“. Erst jenseits des dolus kann dann die Zerlegung einsetzen: das Interesse an dem Vorkommnis, die Absicht des Handelnden, die aber gerade nicht dolus-Elemente sind, sondern psychologische Zusätze, können dann zu Spezialisierungen benutzt werden; es gibt dann einen Täterdolus mit Täterinteresse und einen solchen mit Gehilfeninteresse. Die Ausdrucksweise, wonach Tätervorsatz und Gehilfenvorsatz koordiniert gegensätzlich sind, trifft für die objektive Theorie zu; für die subjektive ist sie ein Überbleibsel aus der Zeit, in der die „Absicht“ mit dem dolus zusammengeworfen wurde. Zu dem Entwurf (§ 13 II) und der Denkschrift paßt sie nicht mehr.

Der Gedankengang der subjektiven Theorie ist also der: Eigentlich umfaßt jedes einzelne Strafgesetz des besonderen Teils den Gehilfen mit. Da dies aber zu hart erscheint, weil derjenige, der die Tat nur einem Anderen zu Liebe verübt hat, schuldwertlich nicht auf der gleichen Höhe steht, wie der pro se ipso Handelnde, so wird nachmals die Beihilfe aus den Strafgesetzen herausgenommen. Die Beihilfegesetze haben dann das Gepräge:

„Wer vorsätzlich einen Anderen tötet, wird, wenn er die Tat nur in fremdem Interesse begeht, nur mit . . . bestraft;“ für den § 282 I übt das die Wirkung, daß in diesen nunmehr als subintelligendum einzustellen ist: „wenn er die Tat im Eigeninteresse verübt“. Sofort erhellt, daß die ganze subjektive Theorie nur auf zwei Arten von Tätern hinausläuft, und mit der Teilnahmelehre nichts zu tun hat. Der Gehilfe ist nicht durch Akzessorietät charakterisiert, sondern einfach ein privilegierter „Täter“, vergleichbar dem durch Provokation gereizten Totschläger des § 213 StGB.

<sup>134</sup>) Vgl. dazu oben S. 197.

Es handelt sich gar nicht mehr um Auseinanderlegung der Verantwortlichkeitsanteile mehrerer, vielmehr um isolierte Betrachtung jedes Handelnden für sich. Ob der im fremden Interesse Handelnde allein steht, oder ob noch ein anderer da ist, der mit animus auctoris mitwirkt, kann von dem gewählten Ausgangspunkte aus gewiß keinen Unterschied im Werte bedingen. Der animus socii und die darauf gerichtete Gehilfenschaft sind nicht identisch mit dem Interesse an der Tat als einer an sich einem fremden Interessenkreise zugehörigen, sondern nur eine Spielart dieses Interesses. Der zweckrichtig denkende Subjektivist wird deshalb überhaupt nicht mehr von „Beihilfe“ reden, sondern nur von einem Täter zweiten Grades.

Aber der Entwurf selber ist anderen Geistes, als die Denkschrift. Er ist weit davon entfernt, die zwecklogischen Gedankenzusammenhänge des Subjektivismus durchzuführen. Denn „ach, schon auf des Weges Mitte — entfernten sich“ zwar „die Begleiter“ nicht, aber — gesellte sich zu dem Begriff des Täters für Fremdinteresse als wesensfremder Begleiter der „Anderer“ hinzu, der Entwurf hält an der Akzessorietät fest. Nur derjenige im Fremdinteresse Handelnde ist strafbar (und heißt deshalb „Gehilfe“), der vorsätzlich einem Anderen, der den Tatbestand eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens verwirklicht hat, durch Rat oder Tat Hilfe geleistet hat. Die klare Folge ist die, daß derjenige nicht bestraft werden kann, der im Fremdinteresse allein tätig geworden ist. Hat der Bauer dem Knecht erklärt, er wolle sein Anwesen niederbrennen, der Knecht möge ihm anzünden helfen, und hat der Letztere dienstwillig das Haus in Brand gesetzt, während der Bauer aus irgend welchen Gründen nicht mitgemacht hat, so ist nach dem Entwurf der Knecht nicht strafbar. Denn er ist seiner Geistesrichtung nach „Gehilfe“, aber wegen Fehlens der Haupttat paßt § 29 I auf ihn nicht! Ja sogar: wenn A den X, dessen Leben oder Sterben ihm gleichgültig ist, tötet, weil er damit dem B einen Gefallen tun will, so ist er nach § 29 I wiederum straflos!

Die widernatürliche Verbindung der Akzessorietät mit dem Subjektivismus zeitigt ferner das komische Resultat, daß möglicherweise sämtliche Tatbeteiligte nur „Gehilfen“ sind, ohne daß doch ein mit animus auctoris Handelnder da wäre. Haben A und B zusammen den X totgeschlagen und glaubte A dem B, B dem A damit einen Gefallen zu tun, dann ist zwar einesteils keiner Haupttäter, da der animus auctoris fehlt, anderenteils aber jeder ein im Interesse des „den Tatbestand verwirklichenden“ Anderen tätig, also Gehilfe.



Die Unzuträglichkeit der Regelung wird dadurch nur noch gesteigert, daß der Entwurf die Akzessorietät nur in dem abgeschwächten Sinne nimmt, wonach bei dem Haupttäter nicht notwendig Schuld vorzuliegen braucht, und es gleichgültig ist, ob der „Gehilfe“ über Vorliegen oder Nichtvorliegen von Schuld beim Haupttäter die richtige oder eine falsche Vorstellung hatte (§ 29 I). Danach ist auch derjenige Gehilfe, der irgend wem zuliebe, ohne „animus auctoris“ einem ihm als geisteskrank bekannten Geisteskranken die Mordwaffe in die Hand drückt<sup>135)</sup>. Weshalb solche Handlungsweise nur Beihilfe sein soll, ist nicht einzusehen. Sie gehört natürlich bei zweckrichtiger Wertung in das Kapitel der mittelbaren Täterschaft.

Und nicht genug damit, daß der Entwurf den Akzessorietätsgedanken aufnimmt und schon dadurch das subjektivistische Gedankenwerk verwirrt: er geht schließlich mit fliegenden Fahnen zum Objektivismus über<sup>136)</sup>; die Verwendung der Akzessorietät war nur das Vorspiel davon. § 29 I verlegt das Charakteristische der Beihilfe darein, daß der Handelnde zu der von einem Anderen besorgten Tatbestandsverwirklichung Hilfe leistet. Damit wird also klar gesagt, daß bei dem Gehilfen nicht auch Tatbestandsverwirklichung, sondern „Hilfe dazu“ vorliegt. Das ist ein objektiver Unterschied. Der titulus für die Verurteilung als Gehilfe ist nicht, daß er „einen Anderen getötet“ habe, sondern daß er, A, dazu „Hilfe geleistet“ habe, daß B „einen Anderen tötete“. Der Subjektivist kann sich so natürlich nicht ausdrücken. Ihm ist ja kein objektiver Unterschied zwischen den Verhaltensweisen erkennbar, d. h. so lange er nicht mehr weiß, als daß A und B bei der Tötung des X zusammengewirkt haben, muß er die Entscheidung darüber ablehnen, ob einer von ihnen oder beide Gehilfen oder Täter sind; jede Mitwirkung bei der Tötung kann Beihilfe oder Täterschaft sein; die Formel „Tötung eines Menschen“ paßt auf beide. Beide

<sup>135)</sup> Dabei taucht übrigens die Frage auf, ob ein solcher Handelnder im Sinne der subjektiven Theorie selber überhaupt Gehilfe sein kann. Gerland a. O. 31, Anm. 1, verneint die Frage: ein so Handelnder könne sich nicht als „socius“, sondern nur als „auctor“ fühlen. Indessen ist der eigentliche Kerngedanke der subjektiven Theorie doch der, daß es auf das Hineinfallen der Tat in den eigenen oder in einen fremden Interessenkreis ankommt. Wenn nun der Handelnde dahin zielt, nur den zurechnungsunfähigen Anderen in seinem Interessenkreise besser zu stellen, so hat er in der Tat nur den animus socii. Richtig ist aber, daß nach § 29 I auch derjenige in Widerstreit mit der subjektiven Theorie zum Gehilfen erklärt wird, der aus Eigeninteresse heraus dem von ihm als schuldunfähig erkannten Zurechnungsunfähigen beigestanden hat.

<sup>136)</sup> Daß die Entwurfsdefinitionen objektivistisch sind, betont auch Mezger, D. StrRZ. 8, 207.

haben ganz wie Mittäter eine Straftat gemeinsam begangen; beide wie Mittäter jeder zu seinem Teil den Tatbestand verwirklicht. Nicht „Hilfeleistung“ ist für den Subjektivisten das Kriterium, denn auch Mittäter muß er als solche ansehen, die einander Hilfe leisten; sondern der Wille, ausschließlich dem anderen gefällig zu sein. Daß der Entwurf es mit der subjektivistischen These von der objektiven Ununterscheidbarkeit der auf einen gesetzlichen Tatbestand bezogenen und hinzielenden Tätigkeiten nicht ernst meint, kann übrigens dem nicht überraschend kommen, der sich an die Behandlung der „Vorbereitungshandlungen“ im Versuchskapitel des Entwurfs erinnert. Diese werden, so subjektivisch die Versuchslehre selbst auch ist, als objektiv von der Ausführung verschieden behandelt. Das bedeutet also, das Laden einer Schußwaffe fällt noch nicht in das Vorstellungsbild „Tötung eines Anderen“ hinein. Und nun sollte es auf einmal anders sein, wenn der Handelnde nicht pro se, sondern pro alio die Schußwaffe lädt, dann sollte auf einmal es möglich sein, es in dieses Vorstellungsbild einzubeziehen? Mag immer der Gesetzgeber Vorbereitung pro se straflos lassen (weil der Handelnde selber die Tatbestandsverwirklichung in der Hand hat) und die Vorbereitung pro alio strafen (weil er damit die von ihm vielleicht nicht mehr zu beschwörende Gefahr der Tatbestandsverwirklichung durch den Anderen heraufführt oder verstärkt), logisch begrifflich kann er nicht dort die Scheidbarkeit, hier die Unscheidbarkeit des Vorstellungsbildes „Vorbereitung“ behaupten, nicht dort sagen, Laden der Waffe sei etwas anderes als „Tötung eines Anderen“, hier dagegen, sie sei eine solche.

So ist die Regelung der Beihilfelehre im Entwurf ganz verfahren, wie es ein subjektivistisch sein wollender Objektivismus sein muß. Wiederum aber ist methodische Abhilfe unschwer zu bringen. Der Gesetzgeber überlege sich, zu welchem Zwecke er überhaupt den Sonderbegriff aufstellt. Er wird unzweifelhaft seine in den Einzelstrafgesetzen ausgeprägten gesetzlichen Tatbestände nicht so verstanden wissen wollen, daß jede Bedingungssetzung für ihre Verwirklichung eine „Ausführung“ darstellt, sondern entsprechend dem Lebenssprachgebrauch so, daß nur gewisse zentrale Betätigungen in das Vorstellungsbild hineinfallen<sup>137)</sup>; und er wird nun das Bedürfnis empfinden, gewisse periphere Betätigungen, die zu dem Tatbestand in Beziehung stehen, nämlich die Ermöglichungshandlungen, gleichfalls unter Strafe, und zwar unter relativ geringere, also unter eine Strafdrohung zu stellen, die sich proportional der jeweils in Frage stehenden tatbestandlichen Strafdrohung an-

<sup>137)</sup> Vgl. oben S. 196 ff.

schmiegt. Er wird weiter erwägen, daß solche Ermöglichungshandlungen dann, wenn die Tatbestandsverwirklichung nicht nachgefolgt ist, eher ignoriert werden können, als solche, denen diese gefolgt ist, und wenn er jene ganz straflos lassen zu können meint, zur Akzessorietät der Beihilfe gelangen. Diese ist also Zweit-Verantwortlichkeit neben einem Hauptverantwortlichen und darum „Teilnahme“. Will er daneben darauf Gewicht legen, ob ein Handelnder im Eigeninteresse oder einem anderen zuliebe gehandelt hat, so mag er das anderwärts zum Ausdruck bringen; mit der Teilnahme hat dieses Moment nichts zu schaffen.

Wenn dann so das Wesen der Beihilfe, funktionell erfaßt, bloße Nebenverantwortlichkeit ist, so ist sofort der charakteristische Gegensatz gegen den Täter mit Einschluß des Mittäters zur Stelle. Täter ist, wer verantwortlich genau das tut, was der Tatbestand umreißt. Ist derjenige, der den Tatbestand verwirklicht, dafür nicht verantwortlich und hat das der, der die Tatbestandsverwirklichung ermöglicht hat, gewußt, so rückt natürlich der letztere zum Range des primär Verantwortlichen auf; der begriffliche Ausdruck dafür ist, daß man jetzt, was man sonst nicht könnte, von ihm sagen kann, daß er („durch den Anderen“) „den Tatbestand verwirklicht“, daß er den Dritten getötet hat, d. h. er ist mittelbarer Täter und nicht mehr bloßer Gehilfe.

Die Fälle endlich, in denen der Handelnde objektiv nur Beihilfe geleistet hat, während er den Anderen für geisteskrank hielt, oder umgekehrt mittelbarer Täter war, während er den Anderen für geistig gesund ansah, erledigen sich durch die Übertragung des Äquivalenzgedankens beim *dolus* auf das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Tatbestand und der Erscheinungsform der Beihilfe<sup>138</sup>).

### 8. Weitere Bemerkungen zum Entwurf.

Wie im vorstehenden aufgezeigt, sind es — leider — gerade die grundlegenden Partien, in denen der Entwurf methodisch mißraten ist. Auch im übrigen wird hie und da bessernde Hand angelegt werden müssen. Ich lenke die Aufmerksamkeit namentlich auf folgende Punkte:

1. Der Entwurf kennt, wie das geltende Recht, vorsätzliche Delikte, die durch den Eintritt des Todes eines Menschen qualifiziert sind, so Körperverletzung, Brandstiftung, Überschwemmung usw. (§§ 264, 294). In allen diesen und gleichliegenden Fällen soll aber im Gegensatz zum StGB. die schwerere Strafe nur Platz greifen, wenn der Täter die Folge wenigstens als möglich voraus-

<sup>138</sup>) Oben S. 166, 192.

sehen konnte, § 17. Man wird die hiermit vollzogene Abschaffung der Erfolgshaftung, bei der die Folge eine rein objektive Bedingung der Strafbarkeit war <sup>139)</sup>, freudig begrüßen müssen. Aber wenn nunmehr der Tod zur Fahrlässigkeit zurechenbar sein muß, erscheint die Handlungsweise des Täters einfach als fahrlässige Tötung in idealer Konkurrenz mit vorsätzlicher Körperverletzung, Brandstiftung usw., und diese Idealkonkurrenz wirkt hier als qualifizierender Umstand. Damit geht der Entwurf ab von der allgemeinen Regel, die für Idealkonkurrenz aufgestellt ist: § 32 folgt wie das StGB. dem Absorptionssystem, d. h. es greift nur Strafzumessung nach der unqualifizierten *lex poenalis major* Platz. Daß die §§ 264, 294 usw. mit § 17 das in § 32 aufgestellte Prinzip durchbrechen, ist aber vom Entwurf nicht einmal beachtet, geschweige denn begründet worden. Es liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der Einheitlichkeit des Wertungsstandpunkts vor. Wer z. B. unbefugt gejagt (§ 394) und dadurch fahrlässig einen Anderen ums Leben gebracht hat, für den bewegt sich die Strafzumessung nur innerhalb der für unbefugtes Jagen ohne Todesfolge geltenden Strafdrohung; für den Körperverletzer, Brandstifter usw. schnell die Strafdrohung dagegen wesentlich hinauf. Es ist natürlich dem Gesetzgeber unbenommen, seine Regeln durch Ausnahmerebedingungen zu durchbrechen. Aber er muß Rede und Antwort stehen, weshalb er das tut, und ich glaube kaum, daß hier triftige Erwägungsgründe angeführt werden können. Es handelt sich wohl einfach um zufällige unverkohlte Reste der an sich dem Scheiterhaufen ausgelieferten Erfolgshaftung!

2. Das fortgesetzte Delikt wird, wie schon oben gelegentlich bemerkt, vom Entwurf in § 37 in ganz nichtssagender Weise erwähnt <sup>140)</sup>. Es fehlt vor allem die Angabe, durch welche Merkmale sich das fortgesetzte Delikt von der Realkonkurrenz abgrenzen soll, eine Angabe, die in einem neuen Gesetz um so unerläßlicher ist, als Wissenschaft und Praxis für das geltende Recht nicht einhellig sind und zum Teil einem seelenlosen Formalismus verfallen sind. Es wird

<sup>139)</sup> Rosenfeld, DStrRZ. 8, 270, glaubt, daß § 17 keine reine Abwendung von der Erfolgshaftung bedeute; es sei in ihm nur gefordert, daß der Täter die Folge voraussehen konnte, das aber mache für sich allein noch keine Fahrlässigkeit aus, solche werde erst dadurch begründet, daß der Täter die Folge auch habe voraussehen müssen. Aber gemeint ist in § 17 zweifellos die Zurechenbarkeit der Folge zur Fahrlässigkeit, und der dafür gewählte Ausdruck kann deshalb genügen, weil das fehlende Moment als selbstverständlich ergänzt werden kann. Besser wäre es natürlich, wenn der Text ohne Umschreibung auf „Fahrlässigkeit“ hinsichtlich der Folge lautete.

<sup>140)</sup> Vgl. auch Gerland a. O. S. 45.



auch hier gelten, nicht Begriffsreiterei zu treiben und dem Leben ablauschen zu wollen, was ein fortgesetztes Delikt von selber „sei“, sondern den Begriff zwecklogisch zu bilden. Vor allem tut es not, der vom Reichsgericht für das geltende Recht vertretenen und schon für dieses bizarren Auffassung einen kräftigen Riegel vorzuschieben<sup>141</sup>). Nach dem Reichsgericht soll bekanntlich ein fortgesetztes Delikt dann vorliegen, wenn der Täter schon bei seiner ersten Handlung einen „Gesamtvorsatz“ hatte, der die nachgefolgten Handlungen mitumfaßte. Damit wird die Wertfunktion, die der Begriff des fortgesetzten Delikts erfüllen soll, geradezu auf den Kopf gestellt. Denn selbstverständlich ist der mit quantitativ schwererer oder zumindest nicht leichter Schuld belastet, der einen auf das Ganze gerichteten Plan hatte, z. B. sich vornahm, nach und nach 5000 M. zu stehlen, als der, der nur stückweise von Gelegenheit zu Gelegenheit mit dem Erfolge handelte, daß schließlich eine Summe herauskam. Das fühlen ja auch die Angeklagten deutlich: wie oft beteuern sie auf die Frage, ob sie sich gleich von vornherein vorgenommen hätten, aufs Ganze zu gehen, daß das gewiß nicht der Fall gewesen sei, bis sie endlich der wohlwollende Vorsitzende mit Mühe und gütlichem Zureden dahin bringt, den Gesamtvorsatz „zugestehen“; wenige werden begriffen haben, daß sie sich besser stehen, wenn sie im großen Stil gearbeitet haben! Und noch ein anderes wertlich krasses Mißverhältnis: da der „Gesamtvorsatz“ das Kriterium ist, so gibt es bei fahrlässigem Handeln kein fortgesetztes Delikt. Wer ein paarmal im Walde unachtsam ein brennendes Streichholz weggeworfen und Brand erzeugt hat, wird ohne Gnade und Barmherzigkeit in der strengerer Weise der Real Konkurrenz behandelt, während sein Verhalten bei dolus fortgesetzte Tat sein könnte. Wer sich der Funktion des Begriffs der letzteren bewußt bleibt, kann solche Abwege unmöglich beschreiten. Eine gesunde Gesetzgebung wird deshalb die „Unselbständigkeit“ und die „Selbständigkeit“ der Handlungen nicht nach äußerlichen Kriterien abgrenzen, sondern danach, ob nach der einfachen natürlichen Lebenswertung die Verteilung auf mehrere Einzelakte nebensächlich erscheint. Gewiß wird dabei das richterliche Ermessen entfesselt; aber es handelt sich im Grunde nur um Strafzumessung, die sich ohnehin der formalen Fixierung entzieht, und es dürfte nicht abzuleugnen sein, daß oft genug dieselbe Strafgröße gerade so gut durch einmalige Strafauswerfung wie auf dem rechnerischen Umwege über Kumulation oder Asperation gewonnen werden kann. Der

<sup>141</sup>) Dem Vorschlage Gerlands a. O. S. 46, das künftige StGB. möge sich diese Auffassung zu eigen machen, muß ich bestimmt widersprechen.

Geist des Entwurfs aber, der ohnehin dem richterlichen Ermessen zugetan ist, wird solcher Regelung gewiß nicht widerstreben.

3. Der § 85 des Entwurfs kennt eine „Einziehung“ von „Beträgen“. Hier droht die Gefahr einer Konfusion von dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen. Einziehbar im bisherigen Sinne waren nur Sachen; Einziehung war Eigentumsübertragung. Beträge aber sind keine Sachen, sondern Zahlbezeichnungen. Spricht man im geschäftlichen Leben von „Einziehung eines Betrages“, so meint man damit die Einziehung einer Forderung in dem und dem Betrage. Um Einziehung einer Forderung handelt es sich in § 85 aber gerade nicht, sondern um Begründung eines noch nicht bestehenden Rechtsverhältnisses durch Richterspruch. Wenn man an dem Ausdruck „Verfallerkklärung“ wie in StGB. § 335 festhält, so sind die von der *quaternio terminorum* drohenden Unklarheiten vermieden.

4. Der Entwurf spricht in §§ 5, 118 von solchen, die „im Inlande verurteilt sind“. Er scheint nicht zu wissen, daß diese Wendung für § 244 StGB. eine Streitfrage entfesselt hat. „Im Inlande“ erfolgt eine Verurteilung natürlich dann, wenn die Richter im Zeitpunkt der Urteilsfällung deutschen Boden unter den Füßen haben; nun hat man tatsächlich behauptet, daß für den Rückfall im Sinne des § 244 deutschgerichtliche Vorverurteilungen nicht mit ins Gewicht fielen, wenn der Urteilsort auf fremdem (z. B. krieglerisch besetztem) Gebiet liege, und umgekehrt fremdgerichtliche Vorverurteilungen den Rückfall begründeten, wenn das ausländische Gericht auf deutschem Boden getagt habe. Daß § 244 das nicht meint, liegt auf der Hand. Man hat deshalb zur Entkräftung jener Ansicht die Fiktion der Exterritorialität als *deus ex machina* herbeigeholt, wonach jedes Gericht, wo es auch tätig wird, dem Boden, den es unter den Füßen hat, den Charakter als Gebiet des Staates, zu dem es gehört, aufdrückt, was selbstverständlich nur ausschweifende Phantasie ist. Jedenfalls ist es aber bei Neuschaffung eines Gesetzes geboten, statt des verkehrten Ausdrucks den richtigen zu setzen, nämlich „durch ein inländisches Gericht verurteilt“.

5. Nach der heutigen Gesetzesterminologie heißen die Umstände, derenthalber der Gesetzgeber der ordentlichen Strafdrohung eine schwerere oder leichtere hinzugesellt hat (also mit fremdwörtlichem Ausdruck die „qualifizierenden“ und „privilegierenden“ Umstände), „Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe“, vgl. StGB. § 50, MStGB. § 55, StPO. §§ 262, 266, 295, MStGO. §§ 323, 326. Wunderlicherweise ist es einmal früher einem Schriftsteller —, ohne daß ich sagen könnte, wer dies war —, eingefallen, statt dessen von „Strafschärfung“ und „Strafmilderung“ zu reden, sei es aus Willkür, sei es aus Saloppheit. Und dies Verfahren

hat Schule gemacht; heutigentags nennen viele das, was nach dem Gesetz „Straferhöhung und -minderung“ heißt, „Strafschärfung und Strafmilderung“, und die Ausdrücke „Erhöhung“ und „Minderung“ werden dann für das innerhalb jeder Strafdrohung vor sich gehende Auf und Ab bei der Strafzumessung gebraucht. Der Entwurf nimmt diesen Sprachgebrauch auf, § 7 III usw., aber sicher ohne Bewußtsein davon, daß er damit die bisherige gesetzliche Redeweise preisgibt. Die gesetzlichen Bezeichnungen waren aber unzweifelhaft viel sachgemäßer: „Schärfung“ und „Milderung“ sind viel bezeichnender für die Tätigkeit des Richters, der innerhalb der ihm gesetzlich gewiesenen Grenzen eine „schärfere“ oder eine „mildere“ Tonart anschlägt; dagegen deuten die Ausdrücke „Erhöhung“ und „Minderung“ auf ein Hinzutun oder ein Abziehen von etwas hin, und das ist eben lediglich Gesetzgebersache. Wie sehr die richtige Bezeichnungsweise im Unterbewußtsein lebt, zeigt auch der Entwurf selber, der z. B. in § 17 von der „höheren“ Strafe spricht, während er den Fall der Qualifikation im Auge hat und somit gemäß § 7 III von „schärferer“ oder „geschärfter“ Strafe sprechen mußte.

## 9. Zur Gesamtwürdigung des Entwurfs.

Es wird heute dem Entwurf mit Befriedigung nachgerühmt, daß er „langgehegte Erwartungen erfüllt“ habe, und man begegnet wohl überwiegend dem Wunsche, er möge zum Gesetz erhoben werden.

Jenes Werturteil und dieser Wunsch haben in weitem Umfange ihre volle Berechtigung, so lange man die sachliche Tendenz der Einzelregelungen ins Auge faßt. Auch auf den vorstehend kritisch betrachteten Gebieten wird man mit dem Beifall nicht zurückhalten, wenn z. B. das Sicherungsrecht zum Gegenstande der Regelung gemacht wird, wenn auf dem Gebiete des dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit aus der Aschenbrödelrolle, die ihm eine irregehende Auslegung für das heutige Recht andichtet, befreit wird, wenn dafür gesorgt wird, daß der mittelbare Täter nicht deshalb straflos ausgeht, weil er den Mittelsmann für geistig gesund hielt usw.

Aber auch wenn und soweit der Entwurf als Willenswerk schätzbar ist, ist doch von ihm als Denkwerk nicht das gleiche zu sagen. Seine Arbeitsweise ist weitreichend unbefriedigend. Die einzelnen Begriffe sind vielfach nicht zur exakten Klarheit erhoben oder innerlich unfertig. Es fehlt die gedankenmäßige Einheit; denknotwendige Zusammenhänge sind planlos zerschnitten, zusammenhängende Wertungen und Begriffe liegen oft unverbunden nebeneinander oder laufen gegeneinander an. Dazu die mehrfache

Verkenning der normativen Aufgabe: es werden Begriff als gegeben behandelt und erst herausgearbeitet, um hinterdrein an sie rechtliche Funktion anzuhängen — als ob es sich um rein theoretisches, kognitives Denken handelte, statt um praktives, volitives und demgemäß von der Zweckfunktion beherrschtes<sup>142)</sup>.

Die methodische Haltlosigkeit des Entwurfs wird noch besonders belegt durch folgende Schwächen in der Gesamteinstellung:

Die Denkschrift nennt sich „Denkschrift“ und nicht „Begründung“, „Motive“ oder entsprechend. In der Tat würde eine Bezeichnung der letzteren Art nicht passen; denn darunter versteht man eine Darlegung des Warum, insbesondere in Auseinandersetzung mit dem Kontra und in steter Fühlung mit den gedanklich-methodischen Forderungen, einen Rechenschaftsbericht, der Kunde davon gibt, wie man alles geprüft und was man als das Beste behalten habe. Wohl bietet die Denkschrift auch solche Begründungen, aber ihrer Gesamtanlage nach liest sie sich wie ein Kommentar zum Entwurf, der nur erläutert, was gemeint sei, also die Erwägungen über zu schaffendes „richtiges Recht“ hinter sich zurückläßt. Der Entwurf gleicht deshalb einem Urteil, das das im Tenor Gesagte mit anderen Worten und breiter als in diesem auseinandersetzt, aber keine Entscheidungsgründe enthält.

Entwurf und Denkschrift stimmen obenein nicht immer überein. Daß dies für das Kapitel von der Beihilfe gilt, ist oben gezeigt. Es gilt dies aber z. B. ferner hinsichtlich der Legaldefinitionen, die der Entwurf in § 9 aufstellt; denn die Denkschrift nimmt diesen die Bedeutung, die ihnen der Entwurf selber beilegt; sie sollen (S. 19) „nicht überall maßgebend sein“. Oder wenn die Denkschrift S. 18 die Tatzeit bei einer aus einer Mehrheit von Handlungen bestehenden Tateinheit dahin bestimmt, daß die Zeit jeder Einzelhandlung als Tatzeit des Ganzen gelte, so setzt sie sich sichtlich in Widerspruch mit § 8 II des Entwurfs, aus dem logischerweise nur gefolgert werden kann, daß das Ganze keine einheitlich zu bestimmende Tatzeit hat, sondern sich eine solche nur seinen Teilen,

<sup>142)</sup> Angemerkt sei hier noch die stellenweise auftretende Inhaltleere mancher Sätze. Daß § 37 bloß Worte bietet, und bei seinem Fehlen sich gar nichts ändern würde, ist schon oben S. 31 betont. Auch § 106 I ist ganz nichtssagend (so zutreffend Gerland, Krit. Bemerkungen z. Allgem. T. des Entw., S. 96; Rosenfeld, D. StrRZ. 1921, S. 270). — Daß auch die systematische Anordnung des Entwurfs insofern nicht glücklich ist, als die Rechtswidrigkeit auseinandergerissen ist (Rechtswidrigkeit der Unterlassung getrennt und mitten inne in der Schuldregelung behandelt, und obendrein vor der des positiven Verhaltens), und die Schuld vor der Rechtswidrigkeit behandelt wird, ist von der bisherigen Kritik schon mehrfach zutreffend gerügt worden.



den einzelnen Handlungen beilegen läßt. Häufiger noch ist, daß die Denkschrift selbständig Neues bringt, daß also in der Sprache des Prozeßrechts Bestandteile, die in den Tenor des Urteils gehören, dort nicht erscheinen. Der kommentarartige Charakter der Denkschrift und ihre Übergriffe gegenüber dem Entwurf selber sind natürlich dazu angetan, die Grenzlinien zwischen dem autoritativ Maßgeblichen und dem Auslegungsmaterial zu verwirren. Das Kreittmayr-Feuerbachsche System der „offiziellen Anmerkungen“ zum Gesetzbuch darf nicht wiederkehren, am wenigsten in verschleierte Weise!

Ein Symptom für das Fehlen einer grundsätzlich methodisch gerichteten Einstellung des Entwurfs ist auch die Art und Weise, wie er sich zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts stellt. Diese wird zunächst mit dem geltenden Recht einfach identifiziert. Charakteristisch Denkschrift S. 47, wo die „absolute Exklusivität“ des strengeren Gesetzes bei Idealkonkurrenz im Sinne des § 73 als ein „Ergebnis des geltenden Rechts“ bezeichnet wird, und mit keiner Silbe angedeutet wird, daß hier eine Streitfrage obwaltet, und es sich nur um die — von vielen Seiten mit wahrlich triftigen Gründen bekämpfte, übrigens auch von der Denkschrift als unbefriedigend bezeichnete — Ansicht des Reichsgerichts handelt! Und von dieser als das geltende Recht aufgefaßten Rechtsprechung des Reichsgerichts reißt sich der Entwurf nun zwar mitunter los, aber stets mit innerem Widerstreben und einer Art von Entschuldigung. Als ob es sich um ewige Begriffe und demgemäß Rechtssatzinhalte handelte, die es einfach zu erkennen gilt, und als ob das Reichsgericht ein Monopol für solche Erkenntnis hätte! Als ob nicht das Reichsgericht — ganz abgesehen von der Subjektivität seines Auslegungsstandpunkts — nicht bloße Aussagen über das StGB. von 1871 mit seinen Novellen machen könnte, sondern seine Deutung grundsätzlich das seinsollende Recht bestimmte! Als ob nicht, die Richtigkeit der reichsgerichtlichen Auslegung vorausgesetzt, nun erst die — vom Entwurf grundsätzlich überflogene — Aufgabe einsetzte, erst eine Wertprüfung vorzunehmen, ob eine entsprechende Regelung pro futuro getroffen werden soll, zumal, wo sogar schon die Richtigkeit der Auslegung de lege lata heftig umkämpft ist.

So fehlt dem Entwurf der große Zug. Er ist kein schöpferisches Werk im echten Sinne. Er bewegt sich allzusehr in den Bahnen bloßer vermeintlicher Erkenntnis da, wo er ~~wollen~~ will, wo er herrschend seine Souveränität wahren soll. Es geht ~~hina~~ der Charakter ab, wie allem unbestimmten, nicht zentralistisch zwecklogisch gerichteten menschlichem Wollen. Wenn nach dem Dichterwort

„Recht hat jeder eigene Charakter, der übereinstimmt mit sich selbst“, so hat der Entwurf kein Recht.

Ich bitte, mich nicht mißzuverstehen: die Schwächen, an denen der Entwurf krankt, bedeuten keinen Vorwurf gegen seine Verfasser und sollen ihn nicht bedeuten.

Methodisches Denken bei der Gesetzgebung ist heute unbeliebt, der Zug der Zeit ist ihm abhold. Die Unverständlichkeiten und Systemmängel der Gesetze aus neuester Zeit — der Reichsverfassung, der Steuergesetze, der Reichsabgabenordnung sind ein Beweis dafür. Das Programm richtet sich auf gewisse einzelne Ziele. Daß ein denkmäßiger Umbau dazu gehört, wird nicht beachtet.

Es kommt ein Zweites hinzu. Die Wissenschaft hat, soviel ich sehe, nicht genügend vorgearbeitet. Sie hat wohl das Feld der Gesetzgebungstechnik bestellt, sie hat auch in schätzbarster Weise methodisch ausgerichtete und durchgeführte Einzeluntersuchungen über die gesetzgeberische Regelung einzelner Partien geboten. Aber einen Leitfaden für Gesetzgebungsmethodik im ganzen oder auch nur für die Methodik der Strafgesetzgebung haben wir nicht. Man hat wohl zu sehr vertraut auf das Wort „*Usus dat methodum*“ in jenem falschen Sinne, als stelle sich bei jeder Art Arbeit die richtige Methode von selbst ein. Wer, wie ich es hier versucht habe, das Gesetzgebungsmethodische als solches ohne Einmischung der Frage nach dem sachlich richtigen Recht einerseits und in Abgrenzung von der Ausdruckstechnik andererseits darzustellen unternimmt, darf sich nun gewiß nicht einbilden, neue Offenbarungen geboten zu haben; es handelt sich, wie bei aller Logik, nur darum, die Leitsätze mit ihren Anforderungen in das Licht des Bewußtseins heraufzuheben. Aber so lange das nicht geschehen ist, werden methodische Fehlgänge unvermeidlich sein.

Was aber vor allem einen etwaigen Vorwurf gegen die Urheber des Entwurfs in nichts auflösen müßte, das ist der Umstand, daß es sich um eine Kollegialarbeit handelt. Der isoliert für sich Schaffende tut sich verhältnismäßig leicht, ein Werk aus einem Gusse zu wirken, in dem jede Einzelheit in sich klar und im genauen Verbande mit allen anderen Einzelheiten und dem Ganzen steht. Dagegen wird man das psychologische Gesetz nicht bestreiten wollen, daß die Vereinigung geistiger Arbeit die logische Stoßkraft nicht begünstigt, geschweige denn erhöht, sondern methodologischer Durchdringung immer Abbruch tut. Die mehreren Willenszentren haben notwendig jedes seinen eigenen gedanklichen Umbau um sich. Dadurch aber, daß die Willensrichtungen durch Überstimmung oder Kompromiß unter einen Hut gebracht werden, werden logische Fäden zerrissen. Dadurch müssen Unklarheiten und Widersprüche

in das abschließende Willensganze hineinkommen. Erst logische Nacharbeit kann die Unbestimmtheit und Uneinheitlichkeit zutage fördern. Ist das methodische Durchdenken eines Plans schon an sich, obwohl logisch das prius vor dem Wollen, so doch praktisch das Nachfolgende, so gilt das erst recht für Kollektivarbeit. Und gerade für die methodische Seite einer Angelegenheit gilt, daß kritisieren leichter ist, als aufbauen.

Wer sich zum Anwalt des Methodologischen macht, der wird nun vielleicht auf den Einwand gefaßt sein müssen, daß er die Wichtigkeit dieses Elements in der Gesetzgebung übertreibe. Sind die geforderte Klarheit und der geforderte Denkszusammenhang wirklich von solcher Bedeutung? Ist nicht am Ende die „Methodik“ nur ein mehr oder weniger schöner Name für Schulmeisterei mit unfruchtbarer spitzer Dialektik? Oder handelt es sich vielleicht nur um ästhetischen Genuß oder Unbehagen? Oder sollte man nicht das logische Reinlichkeitsbedürfnis nur als eine Art Sport anzusehen haben?

Demgegenüber erwäge man die Maßgeblichkeit des gesetzgeberischen volitiven Denkgebäudes vor allem für die Rechtsanwendung. Der Jurist soll das „Was“ der gesetzlichen Wertungen erkennen, er soll im Banne des Gesetzes denkend erkennen, was der Willensinhalt ist, das aber kann er durch Versenkung in das gesamte, die Normierungsinhalte umschließende gesetzgeberische Denken, und er kann es insoweit nicht, als der Gesetzgeber selber kein rechter Denker war. Fehlt dem gesetzgeberischen Denken das den Denknachfolger Zwingende, steht nicht der logische Aufbau einfach, schlicht, unkompliziert, einheitlich vor unserem Auge, so mögen die sachlichen Wertungen an sich noch so beifallswert sein, es stellt sich doch praktische Unbrauchbarkeit ein. Auch das Denken hat seine „Ökonomie“; und wie man einen Topf mit einem zu ihm nicht passenden Deckel nicht oder nur mangelhaft gebrauchen kann, so steht es auch in Gedankendingen. Das Methodische im Gesetz bedingt ein schnelles, glattes, reibungsloses Erfassen und Arbeiten.

Das methodisch Unzulängliche am Gesetz ist die Brutanstalt für das Gewürm der Streitfragen, die zwar einen dankbaren Stoff für juristische Doktordissertationen abgeben, deren Existenz aber wirtschaftlich verderblich und auch sonst unerfreulich ist. Wer weiß, was alles aus der Unklarheit, der Unstimmigkeit usw. herausgeklügelt werden kann! Übersehen wir doch nicht die ganze Plage, die Fülle von Mühe und Kopfzerbrechen, die Gefahr scholastischer Streitereien und Haarspaltereien, die der Methodeflüchtigkeit des Gesetzes entstammen! Es ist doch wirklich schade um die dabei verlorene Zeit und Mühe, um jedes Wort, das gesprochen oder ge-

schrieben oder gedruckt wird, um über einen Mangel, der vermeidbar war, erst nun noch hinwegzukommen! Und vergleichen wir doch die kleine Mühe, die die einmalige Gesetzesbesserung gekostet hätte, mit der Unsumme von verllorener Arbeit in den Tausenden von Rechtsfällen, die in Mitleidenschaft gezogen werden, und in denen die Rechtsmittel durch die methodischen Mängel förmlich gezüchtet werden!<sup>143)</sup>

Wir brauchen „sichernde Maßnahmen“ nicht bloß gegen das Verbrechen, sondern auch gegen Denkwirrwarr. Solche Sicherung gewährt aber nur die richtig gehandhabte, d. h. die zweckbeherrschte Logik. Sie ist, um Ulpians bekanntes Wort in unserem Sinne zu verwenden, die vera, non simulata philosophia, die dringend vonnöten ist. Sie gewährt Schutz vor der Szylla der zerfahrenen Prinzipienlosigkeit wie vor der Charybdis fader Prinzipienreiterei; vor dem Libertinismus einerseits und dem logischen Fanatismus, zwecklosem scholastischem Plunder andererseits. Sie ist die „praktische“, die „gesunde“ Logik. Von ihr hängt ab, ob sich die Arbeit des Rechtstheoretikers wie die des Praktikers schwerer oder leichter gestaltet. Sie bewährt sich vor allem in den Formulierungen im Strafprozeß in Anklage und Urteil und besonders in der schwurgerichtlichen Fragestellung.

Wie bei allem menschlichen Handeln, so wird sich auch bei der Gesetzgebung das Goethewort erproben:

„Das Was bedenke, mehr bedenke Wie.“

---

<sup>143)</sup> Zu tief schätzt Spiegel, Gesetz und Recht, 53, die denkmäßigen Unvollkommenheiten der Gesetze ein: „Der Unsinn wird durch entsprechende Auslegung alsbald ausgeschieden, und damit unschädlich gemacht.“ Das mag allenfalls gelten für absoluten Unsinn, wie er heute wohl kaum viel vorkommen wird. Aber für relativen Unsinn = Sinnwidrigkeit zweier Positionen, und für Sinndunkelheit wird leider die Hoffnung auf alsbaldiges Überwundenwerden durch die Erfahrung widerlegt. Es beginnt eben eine Jagd nach dem verborgenen Sinn und sie setzt sich dann schier endlos fort.



## II.

# Gesetzgebungsfragen.

---

### Die Neugliederung des Reichs.\*)

Von

**Erich Koch**, Reichsminister a. D., M. d. R., Berlin.

#### Literatur:

Reichsverfassung. — Protokolle der Nationalversammlung und ihrer Verfassungskommission. — Protokolle der Zentralstelle für die Neugliederung des Reiches. — Protokolle des Reichswirtschaftsrats.

Ein Großstaat vermag sich nur zu behaupten, wenn ihn ein einheitlicher Wille beherrscht, und wenn er zugleich so zweckmäßig gegliedert ist, daß in allen seinen Teilen selbständiges Leben besteht. Aus dieser Erkenntnis erwächst die Forderung nach Unitarismus und Dezentralisation.

Kein Staat kann darauf verzichten, daß für die Entscheidungen in den großen Lebensfragen der Nation eine oberste Stelle vorhanden ist, die sie endgültig entscheidet. Das gilt besonders für einen Staat wie das auf allen Seiten von unfreundlichen Nachbarn umringte Deutsche Reich, bei dem die Innenpolitik zum weitaus größten Teile durch die Bedürfnisse der Außenpolitik beherrscht wird. Dieser in Deutschland früher vielfach verkannte Zustand ist uns durch den verlorenen Krieg offenbart und durch die Friedensbedingungen von Versailles in ungeahntem Maße gesteigert worden. Aber auch innenpolitische Gründe verlangen in gewissen Hauptfragen eine einheitliche Regelung. Das tritt im parlamentarischen Staatswesen mehr hervor als im konstitutionellen. Konstitutionelle Staatsleitungen wie die der Länder des alten Reichs pflegen durch ihre Bürokratie konservativ mit liberalem Einschlag zu regieren und auf den Zusammenhalt mit den Nachbarländern entscheidenden Wert zu legen, weil sie eine verantwortungsreiche Selbständigkeit scheuen und aus ihrer Verwaltungspraxis heraus die Reibungen und Schäden jeder Abweichung kennen. Parlamentarisch regierte Länder

---

\*) Vorabdruck aus dem in Vorbereitung befindlichen „Handbuch der Politik“, 3. Aufl., Band 5 (Ergänzungsband): „Der Weg in die Zukunft.“ (Schriftleitung Geh. Hofrat Prof. Dr. Albrecht Mendelssohn Bartholdy, Hamburg; Verlag Dr. Walther Rothschild, Berlin.)

neigen dazu, die Grundsätze und Programme ihrer eigenen Parlamentsmehrheit ohne nachbarliche und verwaltungsmäßige Rücksichten durchzusetzen. Daraus ergibt sich heute die Notwendigkeit gewisser einheitlicher Regelungen von Reichs wegen auch dort, wo sie früher nicht empfunden wurde. Soll z. B. das Reich kulturell nicht auseinanderfallen, so müssen Fragen wie die Erteilung von Religionsunterricht in den Schulen oder wie die Festsetzung der Vorbildung für den Universitätsbesuch in ihren obersten Grundsätzen einheitlich geregelt sein. Soll die Reichsgewalt gegenüber dem internationalen und dem politischen Verbrechen nicht machtlos sein, so muß auch hier die Möglichkeit eines obersten Einflusses des Reichs auf die, je nach ihrer politischen Anschauung manchmal widerstrebenden Landesregierungen gesichert sein. Die Forderung unitarischer Regelung in den wichtigsten Lebensfragen des deutschen Volkes ist deshalb nicht doktrinär, sondern aus dem Gebote der Wirklichkeit hervorgegangen.

Auf der andern Seite aber ist Selbständigkeit der Glieder überall da erforderlich, wo kein durchschlagender Grund einheitlicher Regelung vorhanden ist. Grundsatz jeder großen Organisation muß es sein, nur das Notwendige an oberster Stelle selbst zu erledigen. Die Erfahrungen der Kriegszeit haben uns gelehrt, wohin übertriebene Zentralisation führt. Die Übertragung zu vieler Angelegenheiten an die oberste Instanz führt nicht dazu, daß sie der verantwortliche Minister löst, sondern ein Referent, der dem ortskundigen Bearbeiter an Fachkenntnis gleichwertig sein mag, an Kenntn's der Sache aber unterlegen ist. An den Außenstellen fühlt der Beamte sich einflußlos auf den Ausgang der von ihm bearbeiteten Angelegenheiten und gerät in Gleichgültigkeit und manchmal in innere Widersetzlichkeit zu den Anordnungen der obersten Stelle, deren Ohr er nicht hat. Der Minister, der nur ganz selten die Gabe haben wird, die Auffassung aller Dienststellen des Großstaates von vornherein mit seinem eigenen Geiste zu durchdringen — wie hat selbst Bismarck über die Starrheit seiner Bürokratie geklagt —, sieht sich zu dem Versuch veranlaßt, die Haltung seiner Untergebenen anläßlich von Einzelfällen, wenn ihm etwas „aufgefallen“ ist, durch Verfügungen und Verordnungen festzulegen, die sich der ungeheuren Fülle des wirtschaftlichen und politischen Lebens gegenüber immer wieder als unvollständig und unzutreffend erweisen. Das Parlament, anstatt sich den wichtigsten Staatsaufgaben zuzuwenden, erschöpft sich in der Behandlung von Kirchturmsinteressen und der Beschwerdeführung über untergeordnete Verwaltungsmaßnahmen und ist trotzdem nicht in der Lage, in Angelegenheiten von mittlerer Bedeutung sein Kontrollrecht so wirksam auszugestalten, wie es Vertretungen

der Staatsbürger können, die ihre Wirksamkeit auf einen kleineren Kreis beschränken. Das Publikum wird durch den langen Instanzenweg benachteiligt und belästigt und empfindet sein Beschwerderecht bei Oberbehörden und Parlament als illusorisch. Die Reichshauptstadt schwillt auf Kosten des selbständigen politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Lebens in den übrigen Teilen des Reiches übermäßig an. — Wirksame Dezentralisation im Rahmen eines bürokratischen Einheitsstaates ist aber unmöglich. Eine weitgehende Selbständigkeit einer ihr unterstellten Behörde kann keine Regierung dulden. Denn der Minister bleibt seinem Parlamente für die Handlung seiner Untergebenen verantwortlich und muß ihn deshalb beeinflussen. Er kann ihn auch deswegen nicht frei stellen, weil im heutigen Wirtschaftsstaate fast jede Verwaltungstätigkeit mit finanziellen Entscheidungen verbunden ist, die der Finanzminister mit Rücksicht auf den gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Landesteilen nicht an Ort und Stelle entscheiden lassen kann. Zudem fehlt dem von der Zentralstelle abhängigen Bürokraten das Parlament oder die Ortsvertretung, die ihn bei seinen Maßnahmen berät und kontrolliert und ihm einen Resonanzboden in der Öffentlichkeit gibt.

Gliederung eines Reichs ist deshalb unmöglich ohne das Vorhandensein von Organisationen, die auf Grund eigener oder abgeleiteter Zuständigkeit für alle diejenigen Fragen von nicht unmittelbarem Reichsinteresse zuständig sind, die in ihrem Gebiete zu behandeln sind. Ob diese Gebilde, wie im alten Reiche, Bundesstaaten oder, wie in den Einheitsstaaten, Selbstverwaltungskörper sind, ist eine Frage zweiter Ordnung. In der Reichsverfassung hat man ihnen auf meinen Antrag den Namen Länder gegeben, eine Bezeichnung, die zu der Terminologie des römischen Reichs deutscher Nation zurückkehrt (Land gleich Territorium) und sowohl dem Sprachgebrauch (ihrer Länder Wert und Zahl — Bayernland) als auch der Gesetzgebungssprache des Bismarckschen Reichs (Landesgesetzgebung, Landesherr) entspricht und sich rasch einbürgert. Der staatsrechtliche Streit darüber, ob Deutschland mit seiner neuen Verfassung ein Einheitsstaat geworden sei, der die Länder zu der Bedeutung von Selbstverwaltungskörpern heruntergedrückt habe, ist dabei politisch ohne ausschlaggebenden Belang. Der Politiker wird die theoretische Auswertung seiner Gesetzgebung der Auseinandersetzung der Gelehrten überlassen können, wie sie sich auch an die Bismarcksche Verfassung geknüpft hat. Politisch kommt alles darauf an, ob die Stellung des Reichs den Ländern gegenüber so ausgestattet ist, wie es den Bedürfnissen entspricht. Es ist insbesondere auch die Frage des Kampfes nicht

wert, ob die Länder ihre obersten Beamten Minister und ihre Volksvertretungen Parlamente nennen. Die Regierung eines deutschen Mittelstaates würde die ihr zugewiesenen Aufgaben nicht billiger lösen können, wenn sie anstatt der Minister und vortragenden Räte mit Landeshauptleuten und Landesräten arbeitete. Die Landtage würden sich um Politik genau so viel oder genau so wenig kümmern, wie jetzt wenn man sie als Selbstverwaltungsorgane bezeichnete, wie wir denn Stadtverordnetenversammlungen haben, die sich mehr mit Politik und weniger mit Verwaltung befassen als manche deutschen Landtage. Man kann von den Römern und Angelsachsen lernen, wie zwecklos und gefährlich es ist, geschichtlich gewordene Formen oder Namen ohne Not zu beseitigen. — Sachlich ist die Zuständigkeit zwischen Reich und Ländern heute auf Grund der Reichsverfassung richtig geregelt. Auf der einen Seite ist das Reich auf Grund der Reichsverfassung in der Lage, diejenigen Arbeitsgebiete, die es an sich zu nehmen begründete Ursache hat, und die es in den nächsten Jahrzehnten bewältigen kann, in Angriff zu nehmen. Auf der andern Seite können aber auch den Ländern auf Grund der Reichsverfassung eine große Reihe von Aufgaben übertragen werden, die heute unnötigerweise zentral geregelt sind. Im ganzen wird die Entwicklung allmählich in Form einer Umgruppierung vor sich gehen müssen. Denn auf Grund der alten Reichsverfassung waren bestimmte Arbeitsgebiete dem Reiche übertragen und wurden bis in die letzten Einzelheiten von ihm erledigt. Andere Arbeitsgebiete wiederum waren bei den Ländern und wurden bis zu den obersten Grundfragen hinauf von ihnen entschieden. Diese vertikale Teilung wird mehr und mehr einer horizontalen weichen, indem das Reich eine oberste Schicht von Anordnungen überall oder fast überall selbst in die Hand nimmt, darunter aber die Ausgestaltung, Durchführung und Anpassung an die örtlichen Verhältnisse überall oder fast überall der Sach- und Ortskenntnis wetteifernder Landesbehörden überläßt. Alles das ist im Rahmen der Reichsverfassung möglich. — Politische Schwierigkeiten, wie sie in den Verhältnissen des Reichs, namentlich zu Bayern, in den letzten Jahren mehrfach hervorgetreten sind, hängen viel weniger mit der Staatsform als mit der abweichenden politischen Auffassung und der besonderen Eigenart des Bayernvolkes und der hochgespannten Erregbarkeit unserer Zeit zusammen und ließen sich durch eine Änderung der Verfassung um so weniger aus der Welt bringen, als rein verfassungsmäßig die Befugnisse des Reichs durchaus ausreichen, um diese Schwierigkeiten zu überwinden. Mit physischem Zwange gegen widerstrebende Teile des Reichs vorzugehen, würde aber auch im Einheitsstaate den heutigen



Anschauungen widerstreben, selbst wenn die Armeekorps noch zur Stelle wären. — Im ganzen ist jedenfalls festzustellen, daß, um eine gesunde Gliederung des Reichs herbeizuführen, es irgendeiner Änderung der Reichsverfassung zwecks Machterweiterung des Reichs nicht bedarf und daß auch die Länder auf Grund der Reichsverfassung in der Lage sind, ihr Eigenleben zu führen und zu entwickeln.

Aber die Frage der Gliederung erschöpft sich nicht in einer sachgemäßen Teilung der Befugnisse zwischen Haupt und Gliedern, wie sie durch die Reichsverfassung ermöglicht ist. Es kommt auch darauf an, daß die einzelnen Glieder nach Art und Umfang so gestaltet sind, daß sie sich in den Gesamtkörper einpassen, möglichst reibungslos nebeneinander arbeiten und zur Aufnahme der ihnen zugewiesenen Aufgaben geeignet sind. Zwergstaaten vermögen die ihnen zugewiesenen Aufgaben nicht zu erfüllen. Landesgrenzen, die den wirtschaftlichen Bedürfnissen und den geographischen Grundlagen widersprechen, erzeugen Reibungen, Großstaaten fügen sich schlecht und ungern in die Rolle des Zweiten. Es ist gewiß nicht erforderlich, etwa die Länder Deutschlands in Fläche und Einwohnerzahl gleich groß zu gestalten, es ist vielmehr erwünscht, daß an manchen Stellen in kleineren Verhältnissen der Einzelausführung eine größere Sorge geschenkt wird, während an anderen Stellen ein größerer Überblick gewonnen wird. Wenn aber ein Glied verkümmert ist oder an Bedeutung und Umfang alle anderen Glieder weit überragt, so ist die Gliederung unharmonisch.

Die geschichtliche Entwicklung ist auch in dieser Beziehung für Deutschland ungünstig gewesen. Keiner der Ansätze zu harmonischer Gestaltung ist durchgeführt. Nachdem sich im Mittelalter die Territorialherren gegenüber dem Kaiser und den unitarisch gesinnten Städten durchgesetzt hatten, hat die weitblickende Einteilung des Reiches in Kreise unter Kaiser Maximilian I. (Reichstag zu Worms 1495), die den Ansatz harmonischer Gestaltung in sich trug, ihre praktische Bedeutung niemals ausreichend errungen. Der Westfälische Frieden hat ohne jegliche geographische, geschichtliche oder wirtschaftliche Rücksicht denjenigen Fürsten Landzuwachs gebracht, die sich durchsetzen konnten. Die Revolution des Reichsdeputationshauptschlusses des Jahres 1803 war völlig systemlos, hat zwar neben dem klerikalen Besitz eine Reihe von Zwergstaaten beseitigt, im ganzen aber die Großen noch größer gemacht. Napoleon hat für den Süden des Reichs eine ziemlich glückliche Regelung durchgesetzt. Seine mitteldeutschen Gebilde aber, die weniger glücklich waren, sind verweht. Der nicht ungefährliche, aber damals logische Gedanke des Freiherrn vom Stein, Deutschland in die

beiden Großstaaten Deutschland und Österreich aufzuteilen, hat sich auf dem Wiener Kongreß nicht durchgesetzt. Der Gedanke des Jahres 1848, Preußen mit den anderen deutschen Staaten in Deutschland aufgehen zu lassen, scheiterte an dem Widerstande der Fürsten und den realen Machtverhältnissen. Die Bestrebungen Preußens, wie sie noch in den Annexionen von 1866 zutage treten, Preußen über ganz Deutschland auszudehnen und Deutschland in Preußen aufgehen zu lassen — Gedankengänge, die noch in den 70er, 80er und 90er Jahren in national besonders empfänglichen Kreisen lebhaft waren —, sind von Bismarck selbst nach 1866 nicht weiter verfolgt und in seinem Alter ausdrücklich preisgegeben und verurteilt. Dabei sind nach 1866 Gliedstaaten erhalten worden, die man nur als Rudimente bezeichnen kann. Man hat selbst aus Angst vor neuen Gebietsverschiebungen einen Staat wie Waldeck erhalten, der früher nur ein Suzeränitätsstaat des preußisch gewordenen Hessens war und der seine Unfähigkeit zu selbständigem Dasein durch Abschluß der staatsrechtlichen Ungeheuerlichkeit eines Akzessionsvertrages mit Preußen bekundet hat. Der Wunsch, die preußischen Stimmen durch die waldeckische zu vermehren, war nach Bismarcks eigenem Ausspruch der Anlaß seiner Zustimmung zu diesem Vertrag.

Die praktischen Schwierigkeiten dieses Zustandes waren in dem alten Reich dadurch abgemildert, daß die alte Reichsverfassung Preußen die Stellung eines Hegemoniestaates ausdrücklich zuwies. Die größeren Bundesstaaten, namentlich Bayern, hielt Bismarck durch eine überzeugende Staatskunst und eine geschickte Behandlung dem Reiche verknüpft. Die Kleinen mußten sich, um nicht ganz beiseite geschoben zu werden, den preußischen Wünschen anpassen. Die Gemeinschaftlichkeit eines starken Heeres stand als letzte und stärkste Macht hinter dem Einheitsgedanken. Der Schwerpunkt alles Staatslebens lag bei Preußen; wie denn Bismarck die Stelle des Bundeskanzlers gegenüber der des preußischen Ministerpräsidenten zunächst als untergeordnet ansah und selbst erst übernahm, als er im Auswärtigen Amt keine geeignete Persönlichkeit dafür vorfand. Die Gesetze des Reichs wurden in den preußischen Ministerien ausgearbeitet. Das Amt des Reichskanzlers wurde mit dem des Ministerpräsidenten verbunden. Die Staatssekretäre des Reichs wurden nach kurzer Amtsführung gleichzeitig Minister in Preußen und vermittelten die Einheit zwischen dem Reiche und seinem größten Bundesstaat. Wenn der Reichskanzler oder sein Vertreter im Bundesrate erschien, hatte er die preußischen Stimmen in der Tasche. Das Verhältnis verschob sich allmählich zugunsten des Reichs. Der preußische Ministerpräsident fühlte sich in erster Linie als Reichskanzler, die Staatssekretäre des Reichs

gingen zu den preußischen Kabinettsitzungen, um dort die Bedürfnisse des Reichs durchzusetzen. Mit dem Einfluß des Reichstags stieg die Notwendigkeit, den Willen der Reichsverwaltung auch in Preußen zu berücksichtigen. Im ganzen aber waren Reich und Preußen so eng miteinander verkettet, daß eine Art Schutz- und Trutzbündnis bestand. — Trotzdem ergaben sich Schwierigkeiten und Reibungen zwischen dem Reich und Preußen. Über sie klagt schon Bismarck in den 70er Jahren und spielt mit dem Gedanken, sie dadurch, daß er die Staatssekretariate des Reiches und die Ministerien Preußens grundsätzlich mit derselben Person besetzt, zu beseitigen. Durch die verschiedene Grundrichtung der aus verschiedenem Wahlrecht hervorgehenden Parlamente wurden die Schwierigkeiten vermehrt. Sie führten manchmal sogar zu Auseinandersetzungen, die am Maßstab der damaligen Zeit gemessen, peinlich berühren mußten, wie die Flucht des Staatssekretärs Delbrück in die Öffentlichkeit des Reichstags wegen der Verzögerung eines preußischen Wohnungsgesetzes. In einer Zeit aber, da man geruhsam arbeiten konnte und fast niemals vor plötzliche Entscheidungen gestellt war, konnten diese Schwierigkeiten in Ruhe ausgetragen werden. Verzögerungen, die sich aus den zahllosen Besprechungen der in den beiden großen Regierungen tätigen Personen ergaben, konnten in Kauf genommen werden. Ja, es gehörte manchmal sogar zu den Mitteln der Staatskunst, Forderungen des Reichstags, die als radikal erschienen, zwar nicht abzuweisen, aber mittels bedachtsamer Verhandlungen zwischen den Ressorts Preußens und des Reichs im Stadium der Vorbereitung zu belassen. — Bereits im Kriege mit seinen plötzlichen Notwendigkeiten erwies es sich, wie abträglich dieser Apparat schneller Handlungsfähigkeit war. Die Maßnahmen auf dem Gebiet des Ernährungswesens zerflatterten. Als man im Reiche in der Person des Herrn von Batocki einen Ernährungskommissar einsetzte, vermochte er seine Politik gegenüber den preußischen Fachministerien nicht durchzusetzen. Als sein Nachfolger das Amt unter der Bedingung übernahm, daß er gleichzeitig preußischer Minister würde, war es zu spät. Dieselbe Erfahrung ergab sich auf anderen Gebieten.

Der jeden schöpferischen Gedankens bare Umsturz oder Einsturz des Jahres 1918 hat an diesen Verhältnissen nichts geändert. Als die ersten Stöße des Erdbebens vorüber waren, versuchte man die Mauern so wieder aufzurichten oder zu ergänzen, wie sie gestanden hatten. Der Kampf mit der Anarchie verhinderte, daß man vorher überlegte, ob sie nicht auch anders aufgerichtet werden könnten. Zu grundlegenden Änderungen kam es nicht.

Die Schöpfer der neuen Reichsverfassung sahen sich daher im Frühjahr 1919 vor eine schwierige Aufgabe gestellt. Die Vormacht Preußens beizubehalten, war bei dem Widerstreben aller anderen Länder unmöglich. Die radikale Lösung hätte nur in der Zerschlagung Preußens in mehrere Länder und der Eingliederung dieser Länder in ein föderalistisch aufgebautes Reich oder in der Zusammenfassung des Reichs zu einem Einheitsstaate liegen können. Diese beiden Lösungen liegen nach den vorausgegangenen Ausführungen nicht so weit voneinander wie der Schlagwort-Politiker glaubt, namentlich wenn er Unitarismus und Zentralisation verwechselt. Beide Lösungen waren aber bei Erlaß der Reichsverfassung undenkbar. Die eine mußte an preußischen Gefühlen, die andere an süddeutschen Stimmungen scheitern. Die bloße Erörterung der Zerschlagung Preußens in den Motiven zum ersten Entwurf der Reichsverfassung führte schon zu einem Entrüstungsturm, dem keine Partei standhielt. Es blieb also nichts anderes übrig, als Preußen zu behandeln wie jedes andere Land. Das ist eine Fiktion. Preußen ist weder ein Stamm noch ein wirtschaftlich oder geographisch abgeschlossenes Gebiet mit besonderen Bedürfnissen und Aufgaben. Es ist vielmehr eine ruhmvolle Tradition und eine auch heute noch machtvolle Organisation. Friedrich der Große hat mit Recht gesagt, er habe die nation prussienne geschaffen.

Die Einpassung Preußens mit seiner überragenden Größe in die Gliederung des Reichs ergibt besondere Schwierigkeiten. Die Schwierigkeiten beruhen auf der einen Seite darauf, daß es Preußen schwer zuzumuten ist, sich in eine Beschränkung seiner Aufgaben wie die übrigen Länder zu finden. Preußen verfügt auch heute noch an den meisten Stellen über eine wohlgeordnete Beamtenschaft und ist deshalb fast durchweg in wirtschaftlichen und kulturellen Fragen Deutschlands ebensogut oder besser unterrichtet als die Reichsbeamtenschaft, die vielfach ihr Wissen nur auf dem Wege über die Landesregierungen erhält. Zugleich ist die Beamtenschaft geschlossener als die des Reichs, das seinen Ersatz willkürlich aus den verschiedenen Ländern entnimmt. Die Zumutung, sich in großen Fragen des Reichs den Anschauungen der Reichsbehörde zu fügen, ist deshalb für die preußische Regierung größer als für alle anderen Landesregierungen, die sich immer bewußt sind, daß sie einen Überblick über die Gesamtbedeutung der Frage für Deutschland nicht besitzen können. Auf der anderen Seite ist die Reichsregierung berufen, alle Fragen mit der gebotenen Rücksicht auf die außerpreußischen Länder — und was auf Grund des Versailler Friedensvertrags noch notwendiger ist — mit Rücksicht auf ihre Verteidigungsstellung zu der Entente zu behandeln. Sie wird auch von



Presse und Öffentlichkeit verantwortlich gemacht und kann sich die Leitung nicht aus der Hand winden lassen. Da heute jede organische Verbindung zwischen den beiden Regierungen fehlt, so erfahren sie von ihren Beschlüssen und Entscheidungen oft erst hinterher, und Einigungen werden durch die Scheu, sich zu desavouieren, erschwert. Die Schäden sind um so größer, als sie sich eine klare Abgrenzung der Befugnisse wohl in reinen Verwaltungssachen, aber nicht in Fragen der großen Politik durchführen läßt. Das haben wir aus der Kriegszeit gelernt. Das Nebeneinander der beiden Parlamente, die sich bei Erörterung der großen Fragen wiederholen, erhöht die Schwierigkeiten. So ergibt sich z. B. in den Fragen des besetzten Gebietes — in denen gegenüber der Stoßkraft Frankreichs eine einheitliche Abwehr unentbehrlich ist —, nicht nur bei Hessen, sondern auch bei Bayern ein Anlehnungsbedürfnis an das Reich, während Preußen aus der vielleicht nicht unberechtigten Anschauung heraus, daß es die Verhältnisse besser überschaue als die Reichsregierung, der Führung durch das Reich widerstrebt. Auch die Behandlung der oberschlesischen Frage hat darunter gelitten. Die Sicherung der bundesstaatlichen Autonomie für Oberschlesien wäre viel früher erfolgt und Polen hätte in dieser Frage nicht den Vortritt bekommen, wenn Preußen seine erklärlichen innerpolitischen Bedenken hinter das Interesse an der Unversehrtheit des Reichs zu stellen sich rechtzeitig entschlossen hätte. — Die früher gehegte Hoffnung, als wenn das gleiche Wahlrecht für beide Parlamente diese Schwierigkeiten erheblich mildern werde, hat sich als trügerisch erwiesen. Zunächst hat sich ergeben, daß das gleiche Wahlrecht nicht immer gleiche Koalitionsregierungen verbürgt. Es hat sich aber auch — an sich erfreulicherweise — ergeben, daß die Zugehörigkeit zu einer Partei die Menschen nicht so schablonisiert, daß sie alle Fragen in gleicher Weise beurteilen. Die Folge ist, daß die beiden Zentralinstanzen häufig nebeneinander oder gegeneinander arbeiten. — Ebenso ergibt sich aus der überragenden Größe Preußens eine Schwierigkeit bei dem Streben des Reichs, wirksam zu dezentralisieren. Aufgaben, die das Reich an die Länder abgibt, werden für mehr als drei Fünftel des Reichs durch die preußische Zentralbehörde aufgefangen und nunmehr ebenso zentralistisch, aber vielleicht nicht in demselben Sinn behandelt, als wenn sie beim Reiche verblieben wären. Das bestärkt die Reichsbehörden in der Abneigung, solche Aufgaben abzugeben. Wenn z. B. in dem Entwurf eines Jugendwohlfahrtsgesetzes als oberste Instanz ein Reichsjugendamt vorgesehen war, darunter Landesjugendämter für die mittleren Aufgaben, wie Unterbringung der Fürsorgezöglinge, und unter den Landesjugendämtern Jugendämter für

den Bezirk von Kreisen oder Städten, so liegt es auf der Hand, daß in Preußen die Aufgaben der Landesjugendämter nicht in der Zentrale in Berlin, sondern nur in den Provinzen gelöst werden könnten. Preußen aber beharrte mit Rücksicht auf die in seinem Wohlfahrtsministerium angesammelte Sachkenntnis auf der Errichtung eines obersten Landesjugendamtes für ganz Preußen neben den Provinzialjugendämtern. Es liegt auf der Hand, daß das preußische Landesjugendamt nur eine Konkurrenzbehörde zum Reichsjugendamt werden konnte. Der Reichsrat versuchte allerdings, diese doppelte Betätigung dadurch zu vermeiden, daß er das Reichsjugendamt strich. Der Reichstag wird vermutlich im umgekehrten Sinne verfahren. — Die Dezentralisation setzt voraus, daß unterhalb des Reichs Bezirke vorhanden sind, die geeignet sind, mittlere Aufgaben zu lösen. Hier bleibt also ein Mangel in der Gliederung des Reichs, dessen Bedeutung politisch nicht unterschätzt werden darf.

Auf der andern Seite gibt es Länder in Deutschland, die überhaupt nicht in der Lage sind, aus eigener Kraft diejenigen Aufgaben zu lösen, die das Reich an die Länder abgibt oder abzugeben sich entschließen sollte. Solche Aufgaben werden in den Zwergstaaten unvollkommen oder nur dadurch gelöst, daß man lächerliche und umständliche Anleihen bei den Beamtenkräften des benachbarten Großstaates macht. Länder wie Waldeck, Schaumburg-Lippe, kann man nicht als ausgebildete Glieder des Reichs mit Eigenleben bezeichnen. Der historische Zufall, keine historische Folgerichtigkeit, hat diese Länder erhalten. Geographische oder wirtschaftliche Rücksichten kommen für ihre Selbständigkeit nicht in Betracht. Ihre Neigung, selbständig zu bleiben, hängt davon ab, ob ihre Nachbarstaaten günstige Abfindungsverträge zu schließen geneigt sind. Steigen die Holzpreise, so wachsen in diesen mit großen Waldungen ausgestatteten Ländern die Selbständigkeitsgelüste. Es liegt kein Anlaß vor, solche Zwerggebilde zu erhalten. Auch Länder wie Braunschweig und Anhalt mit ihrem völlig zersplitterten und zerteilten Gebiet können nicht die Grundlage für eine gute und den Anforderungen der heutigen Zeiten entsprechende Verwaltung sein. Noch weiter zu gehen mit der Beseitigung von Ländern liegt kein Anlaß vor. Gut durchorganisierte und günstig gegliederte Länder von der Größe Oldenburgs oder Mecklenburgs sind lebensfähig und bedeuten deshalb eine Bereicherung der Gliederung. Die drei Hansestädte haben ihre ganz besonderen wirtschaftlichen Aufgaben. Es ist erwünscht, daß für die Erhaltung und Vervollkommnung des Hafen- und Schiffahrtswesens Staaten vorhanden sind, in denen sich alle Bevölkerungsschichten mit diesen Fragen untrennbar verbunden

fühlen und deren Regierungen und Parlamente deswegen schlagfertig genug sind, um die gerade hier so plötzlich auftretenden Bedürfnisse alsbald zu befriedigen. Die Gleichmacherei gegenüber den deutschen Ländern aus Freude am Zahlenspiel weiter zu treiben als das Bedürfnis erfordert, ist schon wegen der ungeheuren einmaligen Arbeit, die mit solchen Fragen verbunden ist, unerwünscht.

Eine dritte Frage ist es, ob die Grenzen der Länder untereinander als glücklich zu bezeichnen ist. Auch hier liegen vielfach historische Zufälligkeiten vor, die den heutigen wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht mehr gerecht werden. Als die wichtigste Frage tritt hier die Frage Groß-Hamburg hervor. Die Hafenanlagen Hamburgs konnten nirgends so zielbewußt durchgeführt werden, wie es die unvergleichlich günstige Lage Hamburgs an der Elbe gestattet. Die Rücksicht auf die preußische Grenze, die Auseinandersetzung mit den besonderen Interessen der preußischen Nachbarstädte hat die Hafenanlagen am Elbestrom teils blüddarmartig verkümmern lassen, teils zersplittert und unübersichtlich gemacht. Die Bevölkerung Hamburgs ist weit über die preußischen Grenzen hinausgewachsen. Die Arbeitersiedlungen, deren Aufnahme sich die preußischen Nachbarbezirke erklärlicherweise vielfach unfreundlich gegenüberstellen, haben ungünstig und mit mehrstündigen Wegen zur Arbeitsstätte in hamburgischen Exklaven angelegt werden müssen. Der polizeiliche Schutz über das ganze Gebiet ist uneinheitlich und kostspieliger als nötig. Ähnliche Grenzverhältnisse sind heute noch an den Unterweserorten Bremerhaven, Geestemünde, Lehe, sowie zwischen Wilhelmshaven und Rüstringen vorhanden. Kleinere Enklaven mit kostspieliger und leistungsfähiger Verwaltung finden sich noch in vielen Teilen Deutschlands eingesprengt.

Es fragt sich, welche Abhilfe gegenüber den Unvollkommenheiten der heutigen Gliederung möglich ist.

An erster Stelle ist der Artikel 18 der Reichsverfassung zu nennen, weil er dem Reiche die weitestgehenden Möglichkeiten in die Hand gibt. Der Artikel 18 enthält zwei Grundsätze. Er verlangt zunächst eine Gliederung des Reichs, die „der wirtschaftlichen und kulturellen Höchstleistung des Volkes dient“; er sieht zugleich vor, daß eine solche „unter möglichster Berücksichtigung des Willens der beteiligten Bevölkerung“ vorgenommen wird. Die beiden Grundsätze werden sich häufig widersprechen. Es liegt auf der Hand, daß, genau wie bei Eingemeindungen, günstig gestellte Gebiete einer Vereinigung mit ungünstig gestellten widerstreben werden. Es liegt auch auf der Hand, daß der historische Zusammenhalt manchmal stärker ist als die Bedürfnisse der Neuzeit. Es ist festzustellen, daß der Artikel 18 den Willen der Bevölkerung

nicht als den obersten Grundsatz für die Neugestaltung bezeichnet. Mit Recht. Selbst wenn man auf dem Standpunkt des Selbstbestimmungsrechts der Völker steht, kann man innerhalb eines Reichs und Volkes die Gliederung des Staatsorganismus nicht dem Willen einzelner Teile schlechtweg überlassen, sondern muß sie so vornehmen, wie es das Gesamtwohl des Volkes erfordert. Die Willensäußerung der Bevölkerung des betreffenden Gebietsteils bildet dabei naturgemäß ein Moment, über das man nur im Notfall hinweggehen wird. — Eine Mitwirkung des Reichs durch einen Akt der Gesetzgebung ist heute im Gegensatz zu der Rechtslage im alten Reich in allen Fällen erforderlich, da das Reich an der Ausgestaltung seiner Glieder ein großes Interesse hat. Auch durch das Einverständnis zwischen den beteiligten Ländern wird die Notwendigkeit der Reichsgesetzgebung nicht ausgeschaltet. Jedoch bedarf in diesem Fall das Reichsgesetz, weil keine verfassungsrechtlich verbürgten Rechte der Länder verletzt werden, nicht der Formen eines verfassungsändernden Gesetzes.

Die Vereinigung der thüringischen Länder zu dem Lande Thüringen ist auf dem Wege des Artikel 18 zustande gekommen und trotz der Erschütterungen, die dieses Land zunächst durchzumachen hat und die die einzelnen kleinen Länder Thüringens übrigens jedes für sich auch durchzumachen gehabt haben würden, zu begrüßen. — Auf dem Wege der Volksabstimmung hat sich auf Grund von Verhandlungen mit Preußen ferner der waldeckische Landesteil Pyrmont für einen Übergang an Preußen entschieden. Es erscheint aber zweifelhaft, ob Reichsregierung und Reichstag sich mit der Erhaltung des verkleinerten Zwergstaates Waldeck einverstanden erklären und nicht ganze Arbeit verlangen werden. — Ob die Frage Groß-Hamburg und die übrigen im vorigen Absatz als notwendig bezeichneten Beseitigungen von Zwergstaaten und Grenzschwierigkeiten auf diese Weise zur Entscheidung kommen werden, steht noch dahin. — Die Bestrebungen in Baden und Württemberg, sich zu einem Lande Schwaben zu vereinen, würde gleichfalls eine Anwendung des Artikel 18 erforderlich machen. Ob das Reich an der Vereinigung der beiden ohnehin leistungsfähigen Länder ein besonderes Interesse hat, erscheint zweifelhaft.

Von besonderer Wichtigkeit aber ist es, ob das preußische Problem auf diesem Wege entschieden werden wird. Bestrebungen zur Loslösung von Preußen haben bisher fast nur in Hannover und in der Rheinprovinz Boden gefunden. In der Provinz Hessen sind sie die Eigentümlichkeit Weniger. In Schleswig-Holstein verlautet zurzeit nichts mehr von ihnen. Die Bevölkerung der Rheinprovinz,



die sich als katholisches Land und mit Rücksicht auf die Besonderheit ihrer fränkischen Bewohner unter der preußischen Herrschaft immer nicht ganz wohlgeföhlt hat, hat sich zur Zeit, wo feindliche Bajonette im Rheinland herrschen, fast durchweg zu der Anschauung durchgerungen, daß mit der Lostrennung des Rheinlandes von Preußen in solcher Zeit nicht gespielt werden darf. In Hannover aber ist innerhalb der niedersächsischen Bevölkerung die Bewegung, Hannover in Gemeinschaft mit den kleineren Ländern Niedersachsens wieder selbständig zu machen, sehr stark. Aus dieser Sachlage ergibt sich aber, daß durch die bloße Anwendung des Artikels 18 eine Zerschlagung Preußens niemals oder nur gegen den Willen der erdrückenden Mehrheit der preußischen Bevölkerung zustande kommen könnte. Es würde sich nur um die Losreißung einer oder späterhin allerhöchstens zweier Provinzen handeln, womit das Gesamtproblem vielleicht nicht erleichtert, sondern erschwert würde. Gegen den Willen der Bevölkerung aber Preußen zu zerschlagen, ist eine Utopie.

Daraus ergibt sich, daß für die preußische Frage eine endgültige Lösung zurzeit überhaupt nicht möglich ist. Die größten Schwierigkeiten des Nebeneinanders des Reichs und Preußens lassen sich aber mildern, indem man zu dem Herkommen zurückkehrt, die wichtigsten Ministerien im Reich und in Preußen im Wege der Personalunion zu besetzen. — Eine gewisse Bedeutung für die Milderung der Schwierigkeiten hat auch der Artikel 22 der Reichsverfassung, der den preußischen Provinzen neben dem preußischen Staat und auf seine Kosten eine besondere Vertretung im Reichsrat sichert. Diese Einrichtung, die auf meinem Antrag in der Verfassungskommission beruht, hätte dazu führen können, der Dezentralisation in Preußen die Wege zu bahnen und die Erfahrungen der großen Provinzialverwaltungen in gleicher Weise für das Reich nutzbar zu machen wie die der Landesverwaltungen. Die Ausführung dieser Bestimmung durch die preußische Landesgesetzgebung erscheint aber völlig verfehlt. Indem man die Führung dieser Stimme nicht den Provinzialverwaltungen überlassen hat, die über Sachverständige auf allen wichtigen Gebieten verfügen, läßt man die Stimmführer aus Wahlen der Provinzvertreter hervorgehen und hat dadurch für oft völlig von der Provinzverwaltung losgelöste Einzelpersonen unter dem Anschein einer demokratischen Regelung Sonderrechte geschaffen, die in die Struktur des Reichsrats nicht hineinpassen und der Parteipolitik Vorschub leisten. — Auf die Dauer aber wird die hauptsächlichste Hoffnung auf die Evolution zu setzen sein. Je mehr das Reich eine Schicht oberster Anordnungen auf allen Gebieten an sich nimmt, um so überflüssiger wird daneben

die preußische Zentralinstanz für die Angelegenheiten von grundlegender Bedeutung. Je mehr auf der anderen Seite in Preußen eine gesunde Dezentralisation durchgeführt wird, um so geringer wird die Zahl der Aufgaben mittlerer Größe, die in der preußischen Zentralinstanz zu erledigen sind. Je mehr das Reich in künftigen Reichsgesetzen sich entschließt, gewisse Aufgaben, die es sonst an die Länder abgibt, in Preußen unmittelbar an die Provinzen abzugeben (vgl. das auf S. 285/6 über die Provinzialjugendämter Gesagte), um so mehr wird es auch seinerseits diesen Zustand beschleunigen. Preußen selbst aber hat es am meisten in der Hand, den von ihm so oft betonten Willen zum Übergang in den Einheitsstaat durch eigene Dezentralisationsmaßnahmen allmählich durchzuführen und dadurch seine deutsche Mission endgültig zu erfüllen. Ein plötzliches Eingreifen des Reichs würde in dieser Zeit, wo das Schlagwort herrscht, und wo jede sachliche Erörterung durch die politischen Leidenschaften unmöglich gemacht wird, sich mit der Volksmeinung in Widerspruch setzen und zum Fehlschlag führen. — Aufgabe unserer Zeit aber muß es sein, die Erkenntnis zum Wachsen zu bringen, daß die Kraft und Einigkeit des Reiches davon abhängig ist, daß Preußen sich, so schwer es ihm der Natur der Dinge nach auch sein mag, in allen großen Fragen des Reiches zu fügen hat. Nicht der Ministerpräsident in Preußen, sondern der Deutsche Reichskanzler ist verantwortlich für das Schicksal des Reichs. Das Schlagwort „Preußen soll in Deutschland führen“ ist, wenn man sich überhaupt etwas dabei denkt, heute falsch und gefährlich. Das Reich muß durch seine eigene Regierung führen.

Alle Vorarbeiten, die auf dem Gebiete der Neugliederung des Reichs vom Standpunkte des Reichs erforderlich erscheinen, liegen in der Hand der Zentralstelle des Reichs. Hier soll geprüft werden, welche Neuordnungen das Reich in seinem Interesse für nötig und möglich hält. Sie soll auch verhindern, daß das Reich durch Vereinbarungen zwischen den Ländern oder durch Abstimmungen gemäß Artikel 18 überrascht wird, die dem Reichsinteresse zuwiderlaufen und bei rechtzeitiger Einflußnahme durch das Reich von vornherein zu vermeiden gewesen wären. Sie ist auf Grund eines von der Verfassungskommission angeregten Beschlusses der Nationalversammlung gegen den Widerstand der größeren Länder, namentlich Preußens, geschaffen und dem Reichsminister des Innern unterstellt. Ihre Zusammensetzung bürgt dafür, daß sie an die Frage herangeht, ohne in bureaukratischer Engherzigkeit oder parlamentarischer Schlagwörterpolitik zu verfallen. Wie weit es ihr aber gelingt, das Widerstreben der Länder, namentlich Preußens, gegen ihre Tätigkeit zu überwinden, steht dahin.

Zu den Fragen der Neugliederung des Reichs gehört auch die Frage der Gliederung der eigenen Behörden des Reichs. Dem alten Reiche fehlte es bisher an Mittelbehörden, abgesehen von den Verkehrs- und Militärbehörden, fast durchweg. Heute sind solche Behörden auf dem Gebiete des Finanzwesens geschaffen. Die Bezirke der Landesfinanzämter — der Name widerspricht aller sonstigen Terminologie und hätte besser Reichsfinanzämter oder noch besser Oberfinanzämter gelautet — passen sich im allgemeinen den Bezirken der preussischen Provinzen und der mittleren Länder an. Alle übrigen Reichsbehörden haben entweder überhaupt keine Behörden draußen im Lande oder nur irgendwelche bevollmächtigte Kommissare oder ähnliche mehr aus dem Bedürfnis des Augenblicks entstandene Organe. Die Angliederung aller dieser Organisationen an die Landesfinanzämter ist erwünscht. Wenn man grundsätzlich den Standpunkt einnimmt, daß die Landesfinanzämter den Bedürfnissen aller Reichsministerien dienen — ähnlich wie in Preußen die Regierungen —, wird manche Arbeit, die heute durch hochbezahlte Kommissare geleistet wird, durch einen dem Präsident des Landesfinanzamts unterstellten Referenten haupt- oder nebenamtlich geleistet werden können. Bei dem Reichskommissar für die besetzten Gebiete habe ich als Reichsminister des Innern diesen Zustand herbeigeführt. Es kann auch in Frage kommen, daß die Reichsministerien neue Aufgaben, die sie dezentralisieren möchten, die sich aber ihrer Art nach nicht zu einer Übertragung an die Landesbehörden eignen — denn es besteht hier in manchen Fällen, wie die Kriegsorganisationen gezeigt haben, ein Widerstreit zwischen den Interessen des Bezirks und denen der Gesamtheit —, an die Landesfinanzämter übertragen. In großem Umfange aber, anstatt an die Länder, an diese Ämter die Ausführung von Reichsaufgaben zu übertragen, erscheint unerwünscht. Ich verweise auf dasjenige, was ich gegen die Dezentralisation an nachgeordnete Bureaukratie zu Beginn meiner Ausführungen (vgl. oben S. 278) gesagt habe.

Neben dem politischen Gesichtspunkt und den rein verwaltungsmäßigen Gesichtspunkten der Neugliederung besteht ein dritter, in der Öffentlichkeit viel erörterter wirtschaftlicher Gesichtspunkt, aus dem man die Neugliederung des Reichs anzufassen versucht hat. Es ist der Gedanke der Wirtschaftsprovinzen, der aus Artikel 165 der Reichsverfassung hergeleitet ist. Der Artikel 165 ist in einer Zeit hochpolitischer Gärung und blutiger Aufstände in die Reichsverfassung hineingekommen, als es versucht wurde, die unklaren Freunde des Rätegedankens und Gegner der formalen Demokratie zufriedenzustellen. Herausgekommen ist dabei in dem Reichswirtschaftsrat ein Gebilde, das mit der alten Ständevertretung eine

ziemlich nahe Verwandtschaft hat. Da der Artikel 165 aber unterhalb des Reichswirtschaftsrats Bezirkswirtschaftsräte vorsah, ergab sich die Notwendigkeit, als Rahmen für die Bezirkswirtschaftsräte Bezirke neu abzugrenzen. Daraus entstand in den weiteren Verhandlungen der Gedanke der Wirtschaftsprovinzen. Wenn man, wie einige wollen, damit den Gedanken verwirklichen will, alle wirtschaftlichen Angelegenheiten innerhalb dieses Bezirkes in die Selbstverwaltung der Bezirkswirtschaftsräte zu nehmen, so verkennt man damit den untrennbaren Zusammenhang, den innerhalb der Verwaltung alle wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Fragen haben. Man müßte Anhänger der Steinerschen Dreiteilungslehre sein, wollte man das leugnen. Man braucht nur eine Frage wie die der Fortbildungsschulen zu nehmen, um die Unmöglichkeit zu erkennen. Sobald man aber anerkennt, daß die Bezirkswirtschaftsräte zwar berufen sein müssen, in Fragen von wirtschaftlicher Bedeutung gutachtend oder vielleicht auch vielfach zustimmend mitzuwirken, aber sich in den Rahmen der allgemeinen Verwaltung einpassen müssen, erkennt man, daß die Bezirke der Bezirkswirtschaftsräte sich zur Vermeidung von Überschneidungen nach Möglichkeit den Verwaltungsbezirken anzupassen haben. Damit mündet aber die Frage der Ausgestaltung der Wirtschaftsprovinzen in die allgemeine Frage ein, inwieweit man an die Stelle der historisch gewordenen Länder und Verwaltungsbezirke aus wirtschaftlichen Rücksichten neue zu setzen genötigt ist. Diese Frage ist aber nicht mehr eine Frage, die nur auf Grund Artikel 165 der Reichsverfassung aufzuwerfen wäre, sie hat sich vielmehr jeder vorzulegen, der an der Neugliederung des Reichs gemäß Artikel 18 der Reichsverfassung mitarbeitet. Der Gedanke aber, als ob nun jede Provinz des Reichs eine wirtschaftlich abgegrenzte Aufgabe haben könnte, wird dem Umstand nicht gerecht, daß viele wirtschaftliche Interessen über das ganze Reich verstreut liegen und daß innerhalb jedes Wirtschaftsgebietes vielerlei wirtschaftliche Interessen durcheinander laufen. Es hat sich im ganzen auch nicht einmal als erwünscht erwiesen, ein bestimmtes Verwaltungsgebiet so abzugrenzen, daß eine wirtschaftliche Aufgabe überwiegt — eine Ausnahme bilden hier wohl nur die oben erwähnten freien Städte —, sondern die Mischung der Interessen innerhalb eines Bezirks hat zum Verständnis und zum Ausgleich geführt. Endlich kommt hinzu, daß auch die verschiedenen wirtschaftlichen Aufgaben sich gegenseitig überschneiden und daß z. B. ein Wasserversorgungsgebiet ganz andere wirtschaftliche Grenzen haben wird als etwa ein Elektrizitätsversorgungsgebiet oder gar eine Eisenbahndirektion. Tatsächlich ist man deshalb, so viel sich heute übersehen läßt, in



den Ausschlußberatungen des Reichswirtschaftsrats von der Überspannung des Gedankens besonderer Wirtschaftsprovinzen zurückgekommen. Man hat sich klar gemacht, daß die Bezirke der Bezirkswirtschaftsräte sich im allgemeinen mit denen der vorhandenen Verwaltungsbezirke decken müssen. Man wünscht nur einerseits möglichst eine Vereinheitlichung dieser Bezirke da, wo sich heute die Bezirke der verschiedenen Behörden und Kammern überschneiden, und behält sich anderseits vor, für die Bezirke der Bezirkswirtschaftsräte aus besonderen wirtschaftlichen Rücksichten hier und da von den Grenzen der Verwaltungsbezirke abzuweichen. Damit ist die ursprünglich so bedeutsam erscheinende Frage zu einer Nebenfrage geworden.

Im ganzen kann man sagen, daß vor einer Behandlung der Neugliederung des Reichs in revolutionärem Sinne in einer gegen alle Erschütterungen so empfindlichen, zu sachlicher Verständigung so wenig geeigneten Zeit wie die gegenwärtige zu warnen ist. Die Teilung der Zuständigkeiten wird eine weitblickende und besonnene Reichsgewalt im Laufe der nächsten Jahrzehnte ohne Verfassungsänderung den neuen Bedürfnissen anpassen können. Die räumliche Gliederung des Reiches wird einer Besserung entgegengeführt, wenn die Zwergstaaten verschwinden und die Landesgrenzen verbessert sind. Die Preußische Frage läßt sich nur im Wege der Evolution lösen. Das Ziel bleibt der dezentralisierte und gut gegliederte Einheitsstaat.

---

### III.

## Literatur.

---

### a) Rezensionsabhandlungen.

**Fuchs**, Wilhelm, Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz. Heft 1: Die Arten der Rechtssätze. Unendlichkeitsprobleme im Recht. Hannover 1920, Helwingsche Verlagsbuchhandlung. 80 S.

Der Verfasser, der sich schon früher durch Arbeiten über fiduziarische Berechtigung, pseudonyme Rechtsgeschäfte, Umgehung des Gesetzes, Scheinhandel gut eingeführt hat, verspricht die vorliegenden Untersuchungen durch solche über Doppelwirkungen, Bedingtheit im Recht, den dinglichen

Vertrag, Tatbestand und Rechtsfolge u. a. fortzusetzen. Ich stehe nicht an, dieses Unternehmen auf das freudigste zu begrüßen. Die Studien vereinigen das, was selten in der gleichen Weise anzutreffen ist: eingehende Kenntnis der juristischen Fachliteratur und Vertrautheit mit den Problemen der Logik. Nicht die alte erstarrte Logik als fertige Wissenschaft, sondern die logische Problematik, die so viel den Mathematikern und Mengetheoretikern verdankt, zieht er heran, um Einsichten auf dem Gebiet der Rechtslehre zu gewinnen. Er erfüllt damit einen Wunsch, den ich schon früher auch hier im Archiv ausgesprochen habe, und zeigt deutlich, daß die Jurisprudenz als eine der Mathematik ähnliche Wissenschaft von deren logischen Ursprungsproblemen viel zu lernen hat.

Verfasser beginnt mit einer Erörterung vom Dürfen und Sollen. Er betrachtet dabei mit Recht die Begriffe mit Rücksicht auf einen Adressaten. Eine solche Untersuchung rein logischer Art muß zunächst bei den einfachsten Formen beginnen. Die Entwicklung der im weitesten Sinne ethischen Begriffe führt erst später zu den soziologischen Formen. Er stellt fest: Was man soll, das darf man auch. Das Pflichtmäßige ist danach nur eine besondere Art des Rechtmäßigen. Bedenklich ist dann die weitere Behauptung: Was man nicht soll, darf man auch nicht. Bedenklich insofern, als die Negation ja nur bedeuten kann, daß überhaupt kein Sollen gegenübersteht. In diesem Falle könnte sehr wohl ein Dürfen eines anderen Satzes bestehen. Verfasser meint aber das Verbot, also ein Sollen bestimmter Art, nur in negativer Fassung. Dieses Nichtsollen darf man auch nicht. Aus der Einsicht, daß jedes Sollen ein besonderes Dürfen sei, folgert er das Übergeordnetsein dieses Begriffs. Allerdings spricht er später an mehreren Stellen nur von einem dualistischen Grundcharakter des Rechts mit Rücksicht auf die individuellen Bestrebungen, denen teils fördernd, teils hemmend gegenübergetreten werde. Mit letzterem kommt er der richtigen Auffassung nahe. Wir müssen nämlich zunächst von Sätzen ausgehen, die einfach angeben, wann etwas (ein Verhalten, Urteil, aber auch eine Situation) richtig ist. Dieser Begriff ist dem Subjektverhalten gegenüber noch indifferent. Zieht man dieses hinzu, so ergibt sich folgende Unterscheidung: Wird an einen widerstrebenden Willen gedacht, so wird der Satz vom Richtigen zum Sollenssatz. Wird an einen konformen Willen gedacht, so wird er zum Dürfensatz. Anstatt also, wie es der Verfasser am Eingang seiner Studie tut, vom Dürfen zum Sollen logisch herunterzuschreiten, gehen wir von dem Begriff des Richtigen zu dem des Wollens über. Das Konformwollen ergibt dann das Dürfen, das Anderswollen das Sollen. So läuft in der Tat die Fuchs vorschwebende begriffliche Entwicklung, wenn wir von dem spezifisch Rechtlichen absehen. Zergliedern wir aber rechtliche Begriffe, so wird die ganze Untersuchung von der Kategorie des Rechts abhängig. Ohne Bestimmung des Rechtsbegriffes kann also nicht weitergearbeitet werden. Es zeigt sich nun auch hier, daß der Verfasser noch keine eigene Rechtsphilosophie besitzt. Er erkennt so nicht, daß es gerade das spezifisch Rechtliche ist, alle Unterbegriffe dem Begriffe des Sollens (nicht des Dürfens) zu unterstellen. Das Recht setzt logisch das Anderswollen, nicht das Konformwollen voraus. Im Engelstaate wäre kein Recht in unserem Sinne denkbar, es gäbe dort nur Regelungen, aber keine rechtlichen Regelungen. Für das Recht wird daher das Sollen zum primären Begriff, und zwar nicht ein Sollen kraft Anmaßung, ein Sollen, das nur den Inhalt von Erklärungen bezeichnete, sondern ein echtes Sollen, ein Sollen, das ethischen Anspruch auf Befolgung besitzt. Insofern hat die katholische Rechtsphilosophie stets richtig gesehen. Es geht auch nicht an, eine besondere „philosophische“ Geltung neben der „juristi-

schen“ zu unterscheiden, wie Radbruch will. Damit aber, daß wir alles Rechtliche als vom ethischen Begriff des Sollens abhängig behaupten, stehen wir nicht auf dem Standpunkt der Imperativentheorie, mit der sich Verfasser in einem besonderen Kapitel auseinandersetzt. Sie widerlegt sich unseres Erachtens allein dadurch, daß man die dogmatische Rechtswissenschaft (nicht die Rechtsgeschichte!) als echte Sollenswissenschaft (nicht als Tatsachenwissenschaft: Soziologie!) erkennt. Sie ist eine echte Sollenswissenschaft, setzt aber allerdings, da sie nicht rein apriorisch ist, Erforschung des Tatsächlichen voraus. Die Imperativentheorie beruht nun darauf, daß sie die alte Verwechslung von Gesetz und Recht begeht. Die Wissenschaft vom Gesetzten ist gewiß eine Tatsachenwissenschaft. Sie stellt fest, was ein ganz konkreter Gewalthaber hic et nunc angeordnet, befohlen hat. Diese erste Feststellung geht auf Imperative. (Wir sehen von den Fakten ab, die in entsprechender Weise wie die Imperative beim sogenannten „Gesetzesrecht“ dem „Gewohnheitsrecht“ zugrunde liegen.) Dabei bleibt aber die dogmatische Rechtswissenschaft nicht stehen. Die Imperative sind für sie nur ein Erkenntnisgrund. Der andere liegt in der ethischen Idee des Gesollten, die auf die ganze soziologisch-historische Situation (höchster Gewalthaber, der diese Imperative erlassen hat — Gewaltunterworfenen, alles konkret!) angewandt wird. Erst so erschließt sich das Recht als ein echt Gesolltes, als ein Inbegriff nicht reiner, sondern apriorisch-empirischer Sollenssätze. — Verfasser geht auch auf das Gedankenexperiment des „Naturzustands“ ein. Mit Recht lehnt er die billigen rechts-historischen Einwände dagegen ab. Das Problem liegt analog dem des *contrat social*! Der Gedanke eines derartigen Naturzustands kann aber bloß dazu dienen, den Rechtsbegriff zu finden, er hat sonst keine Bedeutung. Im Naturzustand ist sehr wohl ein Sollen und Dürfen als Inhalt von Bestimmungen (Regelungen), sowie ein ethisches Sollen und Dürfen möglich. Dadurch aber, daß wir das Rechtliche als bloß Gesolltes erkennen, verliert der Begriff des Dürfens nicht seine Bedeutung. Stellt auch der dogmatische Jurist stets nur fest, was rechtlich gesollt ist, so bleibt die andere ethische Frage bestehen, was bei solcher Lage gedurft wird. Sie ist aber nicht juristischer Natur! Der Begriff des Dürfens, der Befugnis, den der dogmatische Jurist verwendet, ist so nur ein Hilfsbegriff, um das Gesollte zu finden, auf das es in der Rechtswissenschaft (nicht in der Ethik!) allein ankommt. Habe ich eine Sache gekauft, so darf ich mahnen, und schließlich klagen, wenn der Verkäufer nicht leistet. Was heißt das? Dieses Dürfen ist hier nur ein juristisches Hilfsmittel, um festzustellen, was der Verkäufer soll, wenn der Käufer gemahnt und geklagt hat. Ob der Käufer wirklich mahnen und klagen darf, diese ethische Frage interessiert den dogmatischen Juristen nicht. Stellt er aber fest, daß der Verkäufer jetzt leisten soll, und zwar mehr als früher, so ist dieses juristisch Gesollte, dessen Erkenntnis erst durch den Hilfsbegriff des Dürfens möglich war, zugleich ein ethisch Gesolltes! Unsere Auffassung unterscheidet sich so erheblich von der des Verfassers, die für das Recht die Priorität des Dürfens und später einen gleichberechtigten Dualismus behauptet. Trotzdem sind seine Ausführungen wissenschaftlich sehr beachtlich und anregend. Bei den Begriffen der Relevanz und Irrelevanz der Jellinekschen Theorie knüpft er mit Recht an die Relation Tatbestand und Rechtsfolge an. Hier zeigt sich nun wieder die Versäumnis, erst eine solide rechtsphilosophische Grundlage zu bauen. So nimmt er ad hoc die von Henle widerlegte Kippsche Theorie an, daß die Tatbestände Motive seien. Die Relation Tatbestand und Rechtsfolge, welche auch Henle und v. Tuhr noch kausal denken, hat mit Kau-



salität in irgendeinem Sinne nichts zu tun. Es ist vielmehr das Wesen jedes Sollenssatzes, beides zu enthalten. Die Verknüpfung ist rein logisch. Es ist grundfalsch, hier mit dem Verfasser einen Sonderfall von psychischer Kausalität sehen zu wollen! Natürlich ist auch die von Philippsborn behauptete Subsumtibilität eines Tatbestandes unter eine Rechtsnorm erst bei der Frage vorhanden, ob der Anwendungsfall eines Satzes gegeben ist oder nicht. Zunächst müssen wir wissen, was ein Sollenssatz ist. Dabei ergeben sich sofort die Begriffe „Tatbestand“ und „gesollte Folge“. Danach erst ist die Frage zu stellen, ob „sein Anwendungsfall gegeben ist“ oder nicht, also eine gleichgültige Situation vorliegt. Relevant im Sinne von Tatbestand von Sollenssätzen der Möglichkeit nach kann natürlich alles sein. Hier steckt nun in der Tat der Begriff des rechtlichen „Könnens“, den Verfasser herauszuarbeiten sucht. Er kann gleichfalls nur ein juristischer Hilfsbegriff sein. Ethisch gibt es ihn nicht, naturwissenschaftlich ist er gleich „Fähigkeit“. Verfasser charakterisiert das rechtliche Können als normatives Verhalten, was uns zu eng scheint. Hier vermissen wir sehr die Berücksichtigung der Literatur vom Rechtsgeschäft. Da Verfasser unter Dürfen sowohl das sogenannte rechtlich geschützte Dürfen als auch das einfache Dürfen versteht, ist der Übergang zu unserer Theorie leicht möglich. Er erkennt auch, daß der Begriff des Dürfens für ein Sollen relevant ist, was unserer Auffassung als Hilfsbegriff entspricht. Die Thölsche Unterscheidung von berechtigenden, besser bejahenden und verneinenden Rechtssätzen wird neu untersucht und mit Recht auf die Beziehung Tatbestand und Rechtsfolge gegründet. Es gibt eben bejahende und verneinende Sollenssätze. Die sogenannten begriffsentwickelnden werden wie fast von allen ausgeschieden. Sie gehören in diese Betrachtung nicht hinein. Bei der Erörterung von Gebot und Verbot als Unterarten der verpflichtenden Sätze geht Verfasser auf den Begriff des Negativen ein. Hier fehlt es jedoch an einer genügenden Klärung des Begriffs des Seins. (In wieviel Farben dieser Begriff schillert, zeigt die verschiedenartige Auffassung von Hegels erstem Satz der Logik bei den Hegelianern!) Die drei Fragen, ob überhaupt Verpflichtung stattfindet, worauf sie gehe, ob Gebot oder Verbot vorliege, werden geschieden, der Begriff der Unterlassung als mögliche Tatsache ermittelt, die Rechtswirkungen haben kann. Allerdings stört auch hier der oben gerügte Psychologismus in der Auffassung von Tatbestand und Rechtsfolge. Bei der Erörterung der Beziehung von Berechtigung und Verpflichtung wird der Standpunkt vertreten, daß nicht jeder Pflicht ein Recht des Berechtigten als Reflex entspricht. Da aber Verfasser den Begriff des subjektiven Rechts nicht bestimmt, ist die Frage rein terminologisch. Dadurch, daß A etwas soll, wird die Relation AB logisch stets irgendwie tangiert. Der Begriff der Begünstigung bezeichnet sogar, allerdings einseitig, nur eine besonders vorstechende, vom Wirtschaftsstandpunkt aus interessierende Art der Wirkung auf AB! Einschränkungen der Adressaten der Rechtsnormen im Sinne der sogenannten Amtstheorie werden mit Recht als einflußlos auf die Untersuchungen erkannt. Die Amtstheorie ist jedoch sinnlos, wenn man wie wir im dogmatischen Recht ein echtes Sollen erblickt. Ein Sollen nur der Amtspersonen, nicht auch der Untertanen, hätte keinen Sinn. Das Sollen der ersteren wäre unmoralisch!

Glücklicher noch als die erste scheint uns die zweite Untersuchung über die Bedeutung des Unendlichkeitsproblems für das juristische Denken. Wenn wir auch den schnöden Verdacht nicht los werden, daß der Verfasser seine Kenntnisse des Unendlichkeitsproblems hauptsächlich aus Ziehen geschöpft hat, so ist dessen interessante Studie jedenfalls gründlich begriffen



und daher die Problematik richtig verwertet. Begriffe wie Lückenlosigkeit, Eigentum, Beschränkung des Eigentums, Recht an eigener Sache, Ausübung, Obligation, Freiheit werden an dem Unendlichkeitsbegriff geprüft, meines Erachtens mit erfreulichem Erfolg. Ich möchte jedoch anheimgeben, ob man für den Juristen verständlicher mit den Begriffen potentiell-aktuell, logisch-möglich und tatsächlich nicht vielleicht gleich weit kommt. Den Schluß bildet eine kurze Anwendung des Gefundenen auf das sogenannte fiduziarische Eigentum. Der Verfasser lehnt dessen Eigentumscharakter ab. Verführt hier die Freude an dem rein Logischen den Verfasser zum Überspringen von Zwischengliedern? Es fällt auf, daß er rein formal argumentiert, ohne überhaupt das Wesen des fiduziarischen Geschäfts seinem wirtschaftlichen Sinne nach zu streifen.

Obige kritische Bemerkungen lassen das Gesamturteil unberührt, daß der Verfasser in den Studien mit Scharfsinn alten Problemen unter neuen Gesichtspunkten zu Leibe rückt und dabei interessante Ergebnisse gewinnt. So dürfen wir von ihm noch viel erhoffen.

Es wäre zu wünschen, daß bei der Fortsetzung das wörtliche Zitieren langer Stellen wegfiele.

Privatdozent Dr. C. A. E m g e (Gießen).

## b) Besprechungen.

Die Gerechtigkeit. — Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1920 von Prof. Dr. **Max Rümelin**, Kanzler der Universität Tübingen. Tübingen 1920. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 65 S. 8°.

Die feinsinnige Studie, die Eugen Huber „in Freundschaft und Treue“ zugeschrieben ist, betont zunächst die Vieldeutigkeit des Wortes Gerechtigkeit, um als eigenen Vorwurf dann die menschliche Tugend der Gerechtigkeit als Norm für Gesinnung und Handlung, und zwar zuerst im negativen Sinne des Ausschlusses von parteilichen und persönlichen Gefühlsmomenten, abzuspalten. Dann aber wendet sie sich zu der positiven Seite: Was bleibt denn nun als Richtschnur übrig, sei es für den Richter (S. 10 f.), sei es für den Gesetzgeber (S. 13 f.), was ist „dieses objektiv Richtige, was ist der positive Maßstab gerechten Handelns und Urteilens“? Wo freilich der Richter mit der bloßen Gesetzesanwendung auskommt, da mag die Antwort auf diese Frage für ihn leicht sein; aber diese Fälle bilden — mit Recht stellt Rümelin dies als in stets wachsendem Umfang sich bahnbrechende Erkenntnis fest — keineswegs die durchgreifende Regel, ja selbst ob ein solcher Fall vorliegt, wird sich oft nur unter Überprüfung von einem höheren und freieren Standpunkt aus würdigen lassen, der mit dem des gesetzgeberischen Gerechtigkeitsbegriffes im wesentlichen zusammenfällt.

Für die Bestimmung dieses gesetzgeberischen Gerechtigkeitsbegriffes nun findet Rümelin in der weitschichtigen älteren und jüngeren, rechtsphilosophischen und juristischen Literatur, die er großzügig überblickt, hauptsächlich drei Möglichkeiten des Ausgangspunktes gegeben: Das einfache Prinzip der Gleichheit (S. 17 f.); die schon tiefer greifende Beziehung auf eine gerechte Vergeltung (S. 25 f.); und endlich, gegenüber dem diesen beiden Gruppen gemeinsamen Individualismus, die Lösungsversuche vom Gemeinschaftsgedanken aus (S. 51 f.). Indem nun der Verfasser diese drei Gestaltungen, unter Entwicklung der Varianten und Übergänge, durchspricht,

ist es interessant, wie er jedem Gesichtspunkt nebeneinander gerecht zu werden versteht. Er verwirft selbst den nackten, so oft geschmähten Gleichheitsgedanken keineswegs völlig, sondern weiß namentlich dessen geschichtlich nun einmal gewonnenes Schwergewicht, die daraus hervorgegangenen Errungenschaften unseres gegenwärtigen Rechtsbewußtseins zu würdigen, daneben aber auch als mehr innerlich bleibende Bedeutung die für die Mitglieder einer Gemeinschaft geltende Vermutung der Gleichberechtigung. Abweichungen kommen allerdings zahlreich vor, müssen aber — offenbar aus einem der beiden höheren Gesichtspunkte, Vergeltungsbedarf oder Bedürfnis der Gemeinschaft — begründet werden.

Die Vergeltungsidee wird uns vorgeführt in drei Anwendungen: auf das Strafrecht, wo Verfasser sie in sehr geschickter, auch meiner Anschauung vielfach entsprechender Weise mit dem Staats- und Rechtsschutzbedürfnisse, besonders auch der von ihm erfreulich hochgeschätzten Generalprävention zu verbinden weiß, nämlich vom psychologischen Standpunkte wirksamer Motivation aus; sodann in Anwendung auf das Problem der gerechten Güterverteilung; und schließlich selbst in Rücksicht auf die Frage der Steuergerechtigkeit. In diesen beiden letzteren Abschnitten (S. 38 f. und S. 44 f.) fallen besonders zahlreiche feine und glückliche Äußerungen und kluge Worte, immer nach allen Seiten hin wohlabgewogen zwischen den drängenden und hastenden Schlagworten und Kampfstellungen der Gegenwart und unter einsichtiger Berücksichtigung der Möglichkeit nach Lösbarkeit und Durchführbarkeit.

Aber freilich, „diese individualistische Gerechtigkeit ist gewiß der Güter höchstes nicht“. Als solches erscheint Rümelin, wie den meisten Modernen — wir Individualisten, denen der Staat nur für den Einzelmenschen da ist, sind ja zurzeit im Aussterben — die Gemeinschaft. Diese bestimmt das Ideal der Gerechtigkeit von den Zweckordnungen aus: der Sicherung ihrer Lebensbedingungen (S. 51 f.); dem Bedürfnisse nach planmäßiger Ordnung und Wahrung der Rechtssicherheit (S. 52 f.); und den Bedürfnissen des Gemeinwohls (S. 55). Daß man damit theoretisch ins Uferlose gerät, dem wildesten Subjektivismus und Relativismus sich preisgegeben sieht, erkennt freilich Rümelin keineswegs. Wenigstens für den Gesetzgeber aber (und damit erst recht auch für den Richter) möchte er dieser Notwendigkeit, ganz frei, „nach seinem Glauben, nach seiner innersten Überzeugung“ Stellung zu nehmen, dadurch doch wieder entgehen, daß er ihn, wenschon bloß in Fragen der „Ideenbewegungen großen Stils“ statt dessen als „an die herrschenden Leitideen“ (der Zeit? der Gesamtgesetzgebung?) und, wo sie sich schon einander bekämpfend gegenüberstehen, als an deren Kräftediagonale gebunden erklärt. An Stelle dieser Bindung soll für das „tägliche Getriebe der Rechtsprechung und der Gesetzgebungspolitik“ Verwertung des Erfahrungswissens und der kausalen Erkenntnis in freier Zwecksetzung treten.

So die in klarer, trichotomischer Disposition gerundete Rede selbst. Außer laufenden literarischen Notizen sind längere Bemerkungen am Schlusse beigegeben, die einen zur Entwicklung des Wortbegriffes aus der Antike, die andern zur Auseinandersetzung mit einigen modernen Theorien, wobei auch Nietzsche herangezogen wird.

Daß die kleine Abhandlung nicht voll befriedigend ausklingt, liegt in der Natur der Sache. Ein so bedächtiger Eklektizismus aus allen Bildungs- und Forschungselementen der Vergangenheit und der Gegenwart wird eben nie das Mitreißende haben, wie die von einem kühnen, originalen Denker durchgeführte Folgerung aus einem überragenden Grundgedanken. Er läuft freilich dagegen auch nicht die Gefahr des steilen Absturzes aus

schwindelnder metaphysischer Höhe, sondern führt in wohlthuender Wanderung über geglättete Wege zu einer Reihe hübscher Aussichtspunkte. Mehr will eine solche Festrede nicht bieten und mehr dürfte sich heute überhaupt nicht leisten lassen, mangels jeder in Geltung stehenden Rechtsphilosophie. Denn was dergleichen noch vor einiger Zeit an verkrüppelten Nachprodukten der älteren deutschen Spekulation dürftig vegetiert hat, das ist heute, nachdem ihm die jüngste Philosophie jeden Nährboden entzogen hat, doch hoffentlich endgültig auch für den Juristen ausgereutet und abgetan durch Erich Kaufmanns Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie; Stammlers Lehre insonderheit hätte eigentlich schon die vernichtende Dialektik der Kantorowiczschen Widerlegung nicht überleben sollen. Ein großes Neues, mag ihm auch vielleicht der philosophische Boden schon bereitet sein, besitzen wir aber noch nicht. Denn was wäre schließlich selbst damit gewonnen, wenn wir aus jenem Boden einen Schößling einfach hinübernehmen und z. B. sagten: Gerecht im gesetzgeberischen Sinne ist diejenige Ordnung der äußeren Lebensverhältnisse, die die „objektive Wertordnung“ möglichst verwirklicht? Mit Erfolg würde Rümelin uns wieder an seinen Ausgangspunkt zurückwerfen durch die Bemerkung, darauf komme es eben an, was und wie es zu verwirklichen im einzelnen möglich sei.

Ernst Landsberg.

**Wissenschaftliche Forschungsberichte**, herausgegeben von Prof. O. Karl Höm. Btl. V. Willy Moog, Philosophie.

Der 5. Band des sehr dankenswerten Unternehmens gibt eine Übersicht über die philosophische Literatur von 1914 bis 1919. Sie gliedert sich in folgende Abschnitte: Der Krieg und die Philosophie; Einleitung in die Philosophie; Geschichte der Philosophie; Logik und Erkenntnistheorie; Metaphysik und Weltanschauungslehre; Ethik; Ästhetik; Religionsphilosophie; Naturphilosophie; Geschichts- und Kulturphilosophie; Rechts-, Gesellschafts- und Staatsphilosophie und enthält außerdem ein Namen- und Sachverzeichnis.

Mit der kurzen, oft auch kritisch gehaltenen Charakterisierung der einzelnen Stelle ist sie sehr gut geeignet, den Zweck zu erfüllen, den sich der Verfasser gesetzt hat, zum philosophischen Studium anzuleiten, dem Forschenden zu dienen und ein Bild von der Vielseitigkeit der Philosophie der Gegenwart zu bieten.

Königsberg.

Goedeckemeyer.

**Kraus, Herbert, Vom Wesen des Völkerbundes.** 62 S. Der Völkerbund und die Friedensverträge. 49 S. Berlin, Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte. 1920.

Der Verfasser, der zum Stabe der deutschen Friedensdelegation in Versailles gehörte, widmet die erste Abhandlung der wissenschaftlichen Erfassung und Vertiefung der Völkerrechtsidee. Der Zusammenschluß von Staaten zur Förderung gemeinsamer Interessen, wie er sich in den internationalen Verwaltungsgemeinschaften offenbart, bildet noch keinen Völkerbund. Nur für die Zusammenfassung der Staatenwelt zur Verhinderung, Beseitigung und Entfährlichung von zwischenstaatlichen Interessenkonflikten ist die Bezeichnung als Völkerbund historisch gegeben. Es handelt sich bei ihm rechtlich um einen eigenartigen Staatenbund, eine ständige Organisation innerhalb der unorganisierten Völkerrechtsgemeinschaft auf der Grundlage rechtlicher Gleichstellung der Beteiligten. Der einheitliche Bundeswille führt für die einzelnen Glieder nur eine Beschränkung des rechtlichen Dürfens, nicht aber des innerstaatlichen rechtlichen Könnens, der Souveränität, herbei. Von den anderen Staatenbünden unterscheidet sich



der Völkerbund durch seinen weltumfassenden Charakter und seine besonderen Ziele. Der Völkerbund ist ein Weltstaatenbund oder will es werden. Weltumspannende Menschheitsziele sind es, die er verfolgt. In seinem organisatorischen Aufbau muß er den Krieg mit berücksichtigen. Er entscheidet, ob im einzelnen Falle ein solcher geführt werden darf und verfügt über Mittel und Kräfte zur Durchsetzung der Beschlüsse. Der Völkerbund ist so eine Organisation zur Durchführung des Rechts bei Interessenkonflikten der verbündeten Staaten. An der Idee des Völkerbundes gemessen, fehlt dem durch die Friedensverträge geschaffenen Völkerbund der weltumfassende Charakter. Er weist auf wichtigen Gebieten empfindliche Lücken auf. Durch die Unterzeichnung des Friedensvertrages ist Deutschland zum Gehilfen bei der Schaffung des Völkerbundes geworden. Es hat diesen anerkannt, aber keine bezüglichen Pflichten übernommen. Die Frage des Verhaltens Deutschlands zu den Friedensverträgen und dem Völkerbund ist Gegenstand der zweiten Abhandlung. Eine Einladung zum Beitritte sollte Deutschland nicht ablehnen. Nicht der kommunistische, sondern nur der Völkerbundsgedanke ist fähig, den Friedenszustand der Völker zu sichern. Die Hoffnung bleibt, daß der bestehende Völkerbund sich allmählich ausbildet und vervollkommenet. — Die geistvoll und lebendig geschriebenen Ausführungen geben uns ein scharf umzeichnetes Bild des Völkerbundes nach der idealen Auffassung und der konkreten Gestaltung. Die aufgeworfenen internationalrechtlichen Fragen und ihre Lösung bieten für jeden, der sich mit dem Völkerbunde beschäftigt, eine Fülle von Anregungen dar.

Dr. A. Affolter, Bundesrichter in Lausanne.

**Faluhelyi**, Prof. Dr. Franz, Die ewige Neutralität und der Weltkrieg. („Az örök semlegesség és a világháború.“) Eine Völkerrechtsstudie. Dunántul (Wessely & Horváth) Verlags- und Druckerei-A.-G. XXXIX, 559 S. Pécs, 1920. 120 ung. Kronen.

Das Thema des Werkes, die Frage der zukünftigen Lebensfähigkeit neutralisierter Staaten, steht im Komplex der Fragen, die der Weltkrieg aufgeworfen hat, im Vordergrund des allgemeinen Interesses. Mit der Verletzung der Neutralität Belgiens und Luxemburgs schien doch eine der wichtigsten Institutionen des Völkerrechts und damit auch der Glauben an die Feste und den Wert der Völkerrechtsverträge zusammengesunken zu sein.

Nach kurz zusammengefaßter Beleuchtung und juristischer Abgrenzung der Begriffe, Neutralität und Neutralisation und der kurzen Darstellung der Entstehung und der kontraktuellen Rechtslage der neutralisierten Staaten, weist der Autor mit Recht auf die vielfache Mangelhaftigkeit der kontraktmäßig umgrenzten Rechtsstellung dieser Staaten und auf die infolgedessen entstandenen vielfachen juristischen Zweifel hin (z. B. die Frage der territorialen Integrität oder die der Bundesfähigkeit der neutralisierten Staaten), von denen er als die wichtigste, die bisher systematisch noch nicht behandelte Frage der Lebensfähigkeit dieser Institution bezeichnet (Kap. I und II).

Die Lösung dieses wichtigen Problems versucht der Autor nun induktiv und auf breitem Grund, indem er mit richtiger Auffassung die bisher ebenfalls noch nicht behandelten Faktoren der vielseitigen Abhängigkeit und verschiedener Beeinflussungsmöglichkeiten der neutralisierten Staaten zum Gegenstande seiner Untersuchung macht. So beleuchtet er namentlich die territorialen, völkischen, kulturellen und geschichtlichen Verbindungen, welche zwischen der Schweiz, Belgien und Luxemburg einerseits, und den diese umringenden Großstaaten, insbesondere Frankreich und Deutschland



andererseits zur Geltung kamen und das Verhalten jener kleinen Staaten beeinflussen (Kap. III).

Auf Grund dieser, so wie auch die wirtschaftliche Abhängigkeit der neutralisierten Staaten durch reiche statistische Daten beleuchtenden (Kap. IV) etwas vielleicht zu detaillierten Erörterungen kommt der Autor nun auf den ersten Schluß: auf die Feststellung der Schwierigkeiten in der Aufrechterhaltung der neutralisierten Lage, die teils infolge jener vielseitigen Verbindungen, teils infolge der hierdurch hervorgerufenen deutschfeindlichen und französischfreundlichen Gefühlseinseitigkeit der Bevölkerung notwendigerweise entstanden sind. Diesen Teil, der als der gelungenste zu bezeichnen ist, arbeitete der Autor auf das sorgfältigste aus und beleuchtet darin auf das klarste jene außergewöhnlichen Schwierigkeiten, welche durch die obengenannten Umstände besonders zu Kriegszeiten den neutralen Regierungen bereitet wurden. Was die sehr bestrittene Frage der Rechtmäßigkeit dieser deutschfeindlichen und französischfreundlichen „Gefühlszuneigungen“ betrifft, stellt sich der Autor im Gegensatz zu den Schriftstellern (Mazzini, Rossel, Bohnenblust, Ermatinger usw.), die die Rechtswidrigkeit solcher Verhaltung betonen, auf die Seite jener (wie Bluntschli, Rivier, Liszt, Kiss, Ferenczy usw.), die die Rechtswidrigkeit leugnen, und weist mehr auf die Zweckwidrigkeit einer solchen Haltung hin, welche Zweckwidrigkeit doch als Hauptproblem des Werkes in Betracht gezogen, seiner Ansicht nach zu allererst Beachtung verdient (Kap. V).

Dieses Hauptproblem versucht der Autor im letzten Kapitel zu lösen, das den Titel trägt: „Die ewige Neutralität und der ewige Frieden.“ Die Frage soll nämlich auf dem breiten Grund der obigen Schlüsse und daneben durch die Beleuchtung der bisherigen friedenerhaltenden Tätigkeit der neutralisierten Staaten gelöst werden. Standen doch nicht bloß die Neutralität selbst, sondern insbesondere auch die neutralisierten Staaten im Dienste des allgemeinen Friedens. Dieser Aufgabe sollte diese Institution insbesondere durch die Aufrechterhaltung des „europäischen Gleichgewichts“ entsprechen, sie leistete aber diesem Frieden auch dadurch einen nicht zu übersehenden Dienst, daß diese Staaten, — besonders die Schweiz und Belgien, — die wichtigsten Zentren aller im Dienste der internationalen Solidarität stehenden Institutionen und Bewegungen (allgemeine internationale Verträge, internationale Administration, internationale Rechts- und Friedenskongresse und Institutionen, internationale Gerichtsbarkeit, Völkerbund usw.) wurden (§ 20).

Trotzdem haben die neutralisierten Staaten in der Vergangenheit die Fähigkeit zur vollen Erfüllung ihrer wichtigen Bestimmung nicht bezeugen können. Die Gründe dessen sollen nach des Autoren Meinung 1. in der durch Homer Lea beleuchteten und im Werke bezüglich der neutralisierten Staaten auch erwiesenen Einschmelzungsfähigkeit der eingekleiteten kleinen Staaten, 2. in der ebenfalls erwiesenen inneren Widerstandsunfähigkeit dieser und 3. in dem ungenügenden Schutz der rechtlichen Sicherung (Garantie) der Neutralisation zu suchen sein. Hinsichtlich der Zukunft aber soll außerdem noch insbesondere in Betracht gezogen werden, daß an die Stelle des die Vergangenheit beherrschenden Isolierungs-, Bewaffnungs- und Gleichgewichtssystems, dem auch die Neutralisation ihr Dasein verdankt, der Solidaritätsgedanken in den Vordergrund zu kommen scheint. „Nationen und Staaten sind auf ein Zusammenwirken und auf gegenseitige Unterstützung angewiesen. Weiteres Vorwärtsschreiten ist nur in dieser Richtung möglich.“ (S. 460.) Dennoch wäre es dem Autoren gemäß „eine Undankbarkeit dieser, wenn auch nicht ganz entsprechenden, doch jedenfalls einen wertvollen Grundgedanken repräsentierenden und einem edlen Zwecke dienenden Institution gegenüber, wenn man diese infolge des Vordringens

der Solidaritätsidee endgültig und gänzlich in den Hintergrund drängen wollte.“ (S. 474.) Die Solidaritätsidee bedeutet ja nicht den absoluten Frieden. „Der Völkerbundkontrakt selbst rechnet auch auf keinen „ewigen“ Frieden, auf keine vollständige Ausscheidung der internationalen kriegerischen Reibungen“ (a. a. O.); die seltener werdenden, aber mit einer um so größeren Wucht auftretenden kriegerischen Verwicklungen würden aber bei den vollständigen technischen Kriegsmitteln ganz bestimmt den Ruin der in solche Verwicklungen mit einbezogenen, in ihrer Individualität aber für die Menschheit eventuell einen großen Wert vertretenden kleinen Staaten und Nationen bedeuten. „Wenn man also mit den tatsächlichen Verhältnissen schon rechnen muß und im Zeitalter der „auf Gerechtigkeit und Ehre gegründeten“ internationalen Solidarität einen Unterschied macht zwischen „Haupt-“ und nicht „Hauptmächten“, warum leitet man nicht auch die realen Folgen dieser realen Feststellungen ab und befreit im Namen des Friedens und der Kultur die ohne inneren katastrophalen Folgen den kriegerischen Reibungen nicht aussetzbaren und außer dem Kampfplatz der Weltpolitik stehenden wertvollen kleinen Staaten nicht auch von den Eventualitäten der zwar seltener gewordenen, aber nicht ausgeschlossenen kriegerischen Zusammenstöße und Gewalteinmischungen.“ (S. 476.) Durch die Verbindung des „Isolierungs-“ und „Kooperations“-Gedankens könnte die ewige Neutralität hierzu aber innerlich wirklich geschaffener, wertvoller und ihre Selbständigkeit großen Agglomerationen gegenüber auch stets bewahrender kleiner Staaten, — unter dem kollektiven Schutze des die Solidaritätsidee verkörpernden Völkerbundes und nebst der institutiven Sicherung ihrer dem Weltfrieden dienenden Tätigkeit „auch in der Zukunft die größtmöglichste kulturelle Aufgabe erfüllen.“ (A. a. O.)

Unserer Meinung nach hängt die Lösung dieses Problems im allgemeinen von der Bildung einer solidarischeren Menschenseele und dem Zustandekommen eines die Forderungen dieser Menschenseele kodifizierenden Völkerrechtes, — näher betrachtet davon ab, welchen völkerrechtlichen Inhalt der heute noch ziemlich inhaltslose Rahmen des „Völkerbundes“ bekommt, — und schließlich von der Gestaltung der neu zu erbauenden Neutralität Belgiens.

Obgleich also die Ableitungen des Autors auch nicht überall überzeugend wirken, was in der heutigen Krise des Völkerrechtes auch durchaus nicht Wunder zu nehmen ist, übt dennoch der das ganze Werk durchleuchtende unerschütterliche Glauben an eine schönere Zukunft des Völkerrechtes eine wohltuende Wirkung aus. Infolge der im Vorworte des Werkes auch hervorgehobenen und durchaus würdigungswerten schweren Verhältnisse, unter denen das Werk auf unter fremder Besatzung schmachttend und von der Außenwelt und also auch den Literatursquellen gänzlich abgesperrten Territorium entstanden ist, hat auch die diesbezügliche reiche Literatur im Werke nicht vollauf gewürdigt werden können. Trotz solcher Schwierigkeiten verrät aber das Werk eine bemerkenswerte Vorbereitung und volle wissenschaftliche Fähigkeit. Seine ideale Auffassung versucht der Autor überall durch mit großem Fleiß und Fachkenntnis aufgearbeiteten Argumenten zu unterstützen und die Folgerungen aus entsprechendem wissenschaftlichem Material abzuleiten. Die ganze Studie ist eine nicht bloß lückenausfüllende, sondern auch sehr wertvolle Schöpfung der nicht sehr reichen ungarischen Völkerrechtsliteratur. Der das ganze diesbezügliche Aktenmaterial in Originaltext und systematisch zusammenfassende Anhang kann endlich auch den der ungarischen Sprache nicht mächtigen Kreisen vom Werte sein.

Budapest.

Universitätsprofessor Hofrat Dr. Paul v. Angyal.

**Friedrichs, Karl.** Verwaltungsrechtspflege. Erster Band. Berlin. Carl Heymanns Verlag. 1920. XXIV und 562 S. Handbücher des preußischen Verwaltungsrechts VII.)

Eine umfassende Darstellung der preußischen Verwaltungsrechtspflege auf wissenschaftlicher Grundlage hat es bisher nicht gegeben. Denn das Handbuch von Kunze verfolgte im wesentlichen praktische Zwecke und kann als eine wissenschaftliche Darstellung des Verwaltungsstreitverfahrens kaum angesprochen werden. Auch das vorliegende Werk will die Verwaltungsrechtspflege zum Gebrauch für Behörden und Rechtsuchende planmäßig bearbeiten. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es diesen Zweck vollauf erfüllt. Es muß auch anerkannt werden, daß Friedrichs in größerem Maße als Kunze den Stoff wissenschaftlich durchdrungen hat. Aber völlig hat auch er nicht die bestehende Lücke ausfüllen können. Schon die Anordnung des Stoffes nach dem System des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozeßordnung stößt vom theoretischen Standpunkt aus auf gewisse Bedenken, denn nicht immer gleicht das Verwaltungsstreitverfahren dem Zivilprozeß. Bisher hat der Verfasser allerdings die sich aus dieser Anordnung ergebenden Schwierigkeiten zu umgehen verstanden; ob das allerdings in der weiteren Behandlung des Stoffes immer geschehen kann, erscheint doch sehr fraglich.

Der Verfasser will nicht nur das Verwaltungsstreitverfahren im engeren Sinne zur Darstellung bringen, sondern auch das Beschluß-, Untersuchungs- und Zwangsverfahren. In dem ersten vorliegenden Bande behandelt der Verfasser nach einer Einleitung in umfangreicher Weise die Verfassung des Verwaltungsgerichtes, ihre Zuständigkeit, und geht dann auf das Verwaltungsstreitverfahren selber, zunächst auf das Streitverhältnis ein. Wie nicht anders bei dem Verfasser zu erwarten, hat er in ausgiebiger Weise Literatur und Rechtsprechung überall berücksichtigt. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Formell ist zu bedauern, daß ein Sachregister fehlt, was die praktische Ingebrauchnahme des ersten Bandes stark behindern wird.

Danzig.

O. Loening

**Beyer, Bruno,** Rechtsanwalt und Notar in Preuß. Eylau (jetzt Regierungsrat in Lübeck), Einführung in die Probleme des staatlichen Rechts. Westpreußischer Verlag. Danzig 1918. 475 S.

Schon der ernste Versuch des Verfassers, ein System des gesamten staatlichen Rechts aufzustellen, verdient größte Beachtung. Begriff des Rechts und des Staates, die rechtserheblichen Tatumstände des staatlichen Rechts, die in ein System gebracht werden, die Rechtswirkungen nach staatlichem Recht, und zwar der natürlichen Tatumstände wie der Willensbetätigungen, werden in einer vom Hergebrachten durchaus abweichenden, tiefeschürfenden Weise neu untersucht. Nicht so sehr die Ergebnisse des Verfassers, über die ein mindestens ebenso großes Werk geschrieben werden müßte, als der beharrliche, durch eine erstaunlich große Literaturkenntnis unterstützte Wille zum System, sowie eine große Anzahl richtiger Einzelbeobachtungen macht das Buch sehr lesens- und beachtenswert. Aus Kriegsnotwendigkeiten hat das Werk stark gekürzt werden müssen. Infolgedessen sind positive Rechtsnormen und Literatur nur beispielsweise zitiert worden. Weiß man auch, was und wer gemeint ist, so fehlt doch der Gesamteindruck, daß sich Verfasser mit allen nennenswerten geistigen Strömungen eingehend befaßt und sich mit den geistigen Trägern der für sein System wesentlichen Entwicklung auseinandergesetzt hat. Doch wird



das Werk auch in der vorliegenden Form als für die Wissenschaft förderlich bezeichnet werden müssen.

Köln.

Dr. Fritz Stier-Somlo  
ord. Prof. an der Universität.

**Ehrenzweig**, Prof. Dr. Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 6. Aufl. des von Prof. Dr. L. Pfaff aus dem Nachlasse des Prof. Dr. Josef Krainz herausgegebenen Systems des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 2. Bd. 1. Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse. VIII + 717 S. Wien 1920. Manz. 70 M.

Die 5. Auflage dieses Bandes, in der sich Ehrenzweig in außergewöhnlicher Bescheidenheit noch als „Bearbeiter“ bezeichnete, obwohl das Werk unter seiner Hand längst ein neues geworden war, erschien 1915. Sie konnte die tiefgreifenden Änderungen des ABGB. durch die umfassende dritte Teilnovelle zum ABGB. vom 19. März 1916 nicht mehr berücksichtigen. Damit war das Werk sofort veraltet. Es kam nun darauf an, gerade das für den Rechtsverkehr unentbehrliche Schuldrecht und seine Weiterentwicklung und Veränderungen in der Kriegs- und Nachkriegszeit durch Gesetzgebung und Rechtsprechung tunlichst bald darzustellen. Dieser schwierigen Aufgabe ist Ehrenzweig in hervorragender Weise gerecht geworden. Allein schon durch seine sehr sorgfältige Benutzung der österreichischen und deutschen Literatur und Rechtsprechung sowie durch seine weitgehende Berücksichtigung des ungarischen, schweizerischen, französischen und englischen Rechts ragt das Werk über das Durchschnittsmaß der systematischen Zivilrechtsdarstellungen weit hinaus. Dabei wird den Anforderungen des Lebens in weitherzigster Weise Rechnung getragen. Die Sprache ist einfach und klar, und es bleibt zu hoffen, daß dieses Werk nicht nur in Deutschösterreich, sondern auch in den auf dem Boden des alten Österreichs entstandenen neuen Nationalstaaten, deren bürgerliches Recht heute noch im wesentlichen das ABGB. bildet, seine bisherige Bedeutung und Verbreitung behalten wird.

Aber in alledem liegt nicht die entscheidende Bedeutung des Werkes für uns. Ich erblicke sie vielmehr in einer mustergültigen, straffen Darstellung, der vorbildlichen Einarbeitung zahlloser Nebengesetze, vor allem aber darin, daß das Werk zeigt, daß nicht nur eine weitgehende Rechtsgleichung zwischen Deutschland und Deutschösterreich (vgl. dazu neuestens Gleispach, DJZ. XXVI, 574 fg.) möglich ist, sondern daß selbst die Hoffnung auf die Verwirklichung des kühnen Gedankens eines Weltprivatrechts trotz der trüben Zeitverhältnisse nicht aufgegeben zu werden braucht\*).

Königsberg i. Pr.

Prof. Dr. jur. Peter Klein.

**Hoeltzel**, Dr. Max, Friedrich List. Ein Beitrag zu seiner Würdigung in 2 Teilen mit 15 bisher unveröffentlichten Briefen und Eingaben Lists und dem Faksimile seines eigenhändigen Entwurfs zu einer Zeitschrift. I. Teil. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht 1919. gr. 8°. 67 + 46 S.

Die vorliegende Schrift Hoeltzels kann als wertvolle Bereicherung der umfangreichen, sich mit List beschäftigenden Literatur, bezeichnet werden. Der Verfasser, der bisher Arbeiten über Eisenbahnwesen, namentlich 1900 eine solche über das Wagenübereinkommen des Vereins Deutscher Eisen-

\*) Vgl. dazu neuestens Zitelmann, Die Gemischten Schiedsgerichtshöfe. Niemeyers Z. XXIX.



bahnverwaltungen, veröffentlicht hat, wurde durch Forschungen über „das Wirken Lists für die Eisenbahnen“ zur Beschäftigung mit dem Leben des großen Nationalökonomen und Patrioten geführt. Diesem Zweige der Listforschung ist der jetzt publizierte erste Teil seiner Untersuchungen fast ausschließlich gewidmet, während der zweite „List als Pionier des Eisenbahnwesens“ behandeln und zugleich 12 einschlägige, bisher unbekannte Briefe und Eingaben veröffentlichen wird.

Der erste Teil zerfällt in 5 Abschnitte. Einer kurzen, lediglich zur Orientierung bestimmten Übersicht über den „Lebensgang“ des großen Nationalökonomen und Patrioten folgen zum Teil auf archivalischem Material beruhende Untersuchungen über „Die Strafverfahren gegen List“ und „List im Urteil der Öffentlichkeit und der Obrigkeit“. Interessant ist namentlich eine Akten des Finanzarchivs Ludwigsburg entnommene Mitteilung (S. 57), daß Metternich die am 7. Mai 1821 versandte Reutlinger Petition, welche für List bekanntlich verhängnisvoll wurde, „bereits am 10. Mai in Händen gehabt und alsbald nachdrücklich reklamiert haben soll“), wer der Verfasser sei und wie sich die Regierung gegen diesen verhalten wolle“. Es ist entschieden zu bedauern, daß unser Autor über jenes Aktenstück nichts näheres angibt. Auch hat der Aufsatz, den von Jettel Juni 1916 in der Deutschen Revue veröffentlichte, nicht die Bedeutung, die H. ihm S. 7 zuschreibt, da diese Arbeit lediglich bereits Bekanntes zusammenstellt. Daß List in den Registern der „Wiener Geheimen Hofpolizei“ stand, und daß von dort aus „eine Art Weisung, ein bereits feststehendes Urteil“ sich verbreitete, welches für die Behörden der deutschen Mittelstaaten maßgebend war und Lists Bemühungen um ein Amt überall hinderte, kann auch aus den bereits früher erschienenen Schriften geschlossen werden.

Wertvoll und überzeugend sind die S. 55 bis 59 gegebenen Ausführungen Hoeltzels über die Ursache der veränderten Stellungnahme König Wilhelm I. von Württemberg gegenüber List, dessen er sich früher im Kampfe mit der Partei der „Altrechtler“ bedient hatte. Der König, auf dessen Betreiben auch der Ausschuß des Reutlinger Abgeordneten aus der Kammer zurückzuführen ist, hat ihn einfach Metternich geopfert. Demnach hat List, der einige württembergische Beamte als Urheber der Mißgunst ansah, die ihm überall begegnete, die Gegnerschaft „viel zu weit hinunter in subalternen Rängen“ gesucht (S. 42). Der vierte Abschnitt gibt ein Faksimile eines von List geschriebenen Entwurfs zu einem Buche „Briefe vom Rhein“, das nicht erhalten sei. Mehr Aufklärung über diese Aufzeichnung als die von H. S. 62, 63 gemachten Mitteilungen gewährt G o e s e r Der junge Friedrich List 1914, S. 125 bis 127, wonach es sich dabei auch nicht um eine „Zeitschrift“ handelt, wie unser Autor meint.

Sehr nützlich ist endlich der als Anhang gegebene fünfte Abschnitt, eine 49 Seiten umfassende „List-Bibliographie“. Sie zerfällt in vier Teile: A „Quellen, aus welchen List geschöpft haben kann oder soll“; B Arbeiten Lists mit Einschluß von „wichtigeren Briefen“, sowie „Schriften, Briefe, Erlässe (sic!), Urteile“ usw. über List und seine Werke, die in C. „gegnerische, abfällige“ und D die sonstigen gegliedert sind. H. selbst gibt S. 8 an, daß „diese Bibliographie trotz ihres so außerordentlichen Umfanges noch immer lückenhaft bleibt“. Wenn manche zweifellos nur aus dritter Hand schöpfende, nicht eigene Gedanken bietende Publikationen besser fortgelassen wären, so hätten doch namentlich der List behandelnde Artikel in der Allgemeinen Deutschen Biographie XVIII (1883) und die Ausführungen in S i e v e k i n g s Grundzüge der neueren Wirtschaftsgeschichte (2) 1915 erwähnt werden

\*) Vom Rezensenten gesperrt gedruckt.

sollen. Ganz besonders lückenhaft ist Abschnitt A, indem die für Lists Opposition gegen den Smithianismus Grund legenden Schriften von Ferrier, Chaptal, Louis Say, Dupin und andere fehlen (vgl. Ladenthin Zur Entwicklung 1912, S. 40 bis 102, Sieveking, S. 79). Auch daß List die Gedanken der Reutlinger Petition Saint Simon entnommen haben soll (vgl. Leser in Allg. D. Bibl. a. a. O. S. 763), kommt in jenem Teil der Bibliographie nicht zum Ausdruck.

Berlin.

Karl Koehne.

**Handelsrecht.** Von **Karl Wieland.** (Binding: Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft III, 1. I.) Erster Band. Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften. Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1921. 854 S.

Nun ist auch das Handelsrecht in der Bindingschen Sammlung, die uns so viele hochbedeutende Werke gebracht hat, zu Worte gekommen. Es ist natürlich, daß man an ein Buch, das in einen solchen Rahmen gestellt ist, mit hohen Erwartungen herangeht. Aber man wird schmerzlich enttäuscht. Nicht daß das Buch Wielands keine Qualitäten hätte. Es ist sorgfältig, fleißig und recht übersichtlich gearbeitet. Man findet auch im einzelnen manche treffenden und verständigen Bemerkungen. Aber mehr läßt sich bei dem besten Willen, der gegenüber einer so großen Bemühung sicherlich am Platze ist, zum Lobe des Werke nicht sagen. Ich will davon absehen, daß die Darstellung äußerst trocken und von einer Breite ist, die sich dem Maß des Erträglichen bedenklich nähert. Aber es fehlt dem Werk vor allem an Originalität und Frische. Der Verfasser ist nicht mit der Zeit mitgegangen. Die neueren Bestrebungen nach einer realistischen, auf die Tatsachen des Rechtslebens gegründeten Betrachtungsweise sind auf ihn ohne Eindruck geblieben, und doch sind sie nirgends mehr berechtigt, als im Handelsrecht. Damit hängt es zusammen, daß das Werk trotz seines großen Umfangs in gesetzkritischer und gesetzpolitischer Hinsicht völlig versagt. Auch in rechtsvergleichender Hinsicht befriedigt es nicht. Der Verfasser lebt in einem Lande, in welchem die großen kontinentalen Rechtssysteme sich berühren, und man sieht aus dem Buch, daß er außer dem deutschen und schweizerischen auch das französische und italienische Handelsrecht kennt. Um so mehr muß man es bedauern, daß er es nicht verstanden hat, seine Kenntnisse für den Fortschritt der Wissenschaft fruchtbar zu machen, sondern sich darauf beschränkt, hie und da in den Anmerkungen die ausländische Literatur zu zitieren und bei der Erörterung einzelner Streitfragen, etwa der über die juristische Persönlichkeit der Handelsgesellschaften, den ausländischen Standpunkt mitzuteilen. Das englisch-amerikanische Recht, das nicht nur theoretisch und geschichtlich, sondern auch didaktisch und praktisch so unendlich wichtig ist, ist bis auf die kurze Bemerkung S. 45 ganz außer Betracht gelassen; es fehlen selbst Hinweise, die sich ohne alle Mühe geben ließen. Der Verfasser lehnt die Berücksichtigung des englisch-amerikanischen Rechts nicht etwa wegen der äußeren Schwierigkeiten, sondern lediglich deshalb ab, „um nicht den dogmatischen Zweck der Darstellung durch Überfülle des Stoffes zu beeinträchtigen“. In der Tat — er scheint lieber auf alles andere verzichten zu wollen, als auf irgendeine Eindämmung des breiten Stromes seiner dogmatischen Erörterungen. Dabei ist das Buch nicht einmal vom Standpunkt der älteren Methode als bedeutend zu bezeichnen. Es bringt die übliche Erörterung der üblichen Kontroversen — ein Verfahren, das besonders in der mehrere hundert Seiten umfassenden Darstellung der handelsrechtlichen Personalgesellschaften wenig befriedigt, weil hier erst vor wenigen Jahren die noch ausführlichere,

aber ungleich bedeutsamere und praktisch wertvollere Darstellung Flecht-  
heims im 4. Bande des Düringer-Hachenburgschen Kommentars erschienen  
ist. Alles in allem — es ist tief bedauerlich, daß ein so großes Maß kost-  
barer wissenschaftlicher Arbeit nicht in fruchtbarer Weise verwendet  
worden ist. Prof. Dr. A. Nußbaum (Berlin).

**Kaulla**, Rudolf, Die Grundlagen des Geldwerts. Deutsche Ver-  
lagsanstalt, Stuttgart/Berlin (1920). 96 S.

**v. Dungen**, Dr. Frhr., Die Entwertung des deutschen Geldes  
im internationalen Verkehr. Verlag Hermann Sack,  
Berlin (1920). 30 S.

**Pohle**, Dr. L., Geldentwertung, Valutafrage und Wäh-  
rungsreform. Kritische Betrachtungen über die gegenwärtige  
Lage der deutschen Volkswirtschaft. A. Deichertsche Verlagsbuch-  
handlung, Leipzig/Erlangen (1920). 56 S.

**Prion**, Dr. W., Die Finanzierung und Bilanz wirtschaft-  
licher Betriebe unter dem Einfluß der Geld-  
entwertung. Verlag Julius Springer, Berlin (1921). 73 S.

Die Schrift von Kaulla ist vorwiegend theoretisch gerichtet. Sie sucht  
die aus der älteren Geldtheorie schon bekannte Auffassung, daß das Geld  
eine Staatsschuld sei, neu zu begründen, ohne freilich in die Tiefe zu gehen.  
Andererseits ist die Schrift auch nicht geeignet, etwa als Einführung in die  
Lehre vom Geldwert zu dienen — wie man nach dem Titel vielleicht er-  
warten könnte —, da sie über den Stand der Theorie keinen Überblick gibt.  
Die Schriften von Dungen und Pohle sind mehr wirtschaftspolitisch ge-  
richtet. Ihr Gegenstand ist die Entwicklung des deutschen Geldwesens  
seit dem Kriegausbruch. Wenn auch die Arbeit von Dungen etwas mehr  
Material bietet, so steht sie doch hinter der von Pohle erheblich zurück.  
Diese gibt eine klare und objektive Darlegung über Gründe und Zusammen-  
hänge der Geldentwertung. Sie verdient warme Empfehlung. Mehr  
praktisch, obwohl auf wissenschaftlicher Grundlage, ist die Schrift Prions  
gehalten. Sie beschäftigt sich lediglich mit den Folgen der Geldentwertung  
für die finanziellen Verhältnisse der wirtschaftlichen Betriebe; sie wirft also  
vorzugsweise bilanz- und steuerrechtliche Fragen auf. Es ist das Schicksal  
aller solcher Einzelschriften, daß sie infolge der rasch fortschreitenden  
Judikatur und Gesetzgebung für den praktischen Gebrauch schnell veralten.  
Immerhin bringt die auch durch die anregende Form der Darstellung aus-  
gezeichnete Arbeit manche Ausführungen von dauernder Bedeutung. Aller-  
dings wird der Leser nicht ganz frei von dem Gefühl, daß der Verfasser allzu  
sehr privatwirtschaftlich eingestellt ist. Man hätte z. B. gern ein Wort der  
Kritik über die volkswirtschaftlichen Wirkungen der Abschreibungspolitik  
der Industrie gehört. Prof. Dr. A. Nußbaum (Berlin).

## c) Bücherschau.

(Besprechung der nachbezeichneten Bücher bleibt vorbehalten.)

### I. Rechtsphilosophie, einschließlich der allgemeinen Rechts- und Staatslehre.

**Dante**, Abhandlungen von Dyroff, Krebs, Baumgartner, Sauer. 92 S. Zweite Vereins-  
schrift der Görres-Gesellschaft Köln, 1921. J. P. Bachem. — **Dehn**, Dr. Fritz, Das juristische



Studium und seine Erneuerung. 14 S. Hamburg 1921. Konrad Hauf Verlag DWB. — **Kaufmann**, Prof. Dr. Erich, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. — Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft. 102 S. Tübingen, 1921. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 24 M. — **Lamp'l**, Dr. Walther, Das Recht der deutschen Revolution. 88 S. Hamburg, 1921. W. Gente. — **Riezler**, Erwin, Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen. VI + 158 S. 1921. München, Berlin und Leipzig. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Geb. 35 M. — **Rogge**, Heinrich, Symbol und Schicksal (Goethes Faust und seine Weisheit als Philosophie des Entwicklungsgedankens). V + 192 S. St. Prien a. Chiemsee, 1921. Kampmann & Schnabel. — **Rümelin**, Prof. Dr. Max, Kanzler der Universität Tübingen, Die Billigkeit im Recht. (Rede). 82 S. Tübingen, 1921. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Brosch. 18 M. — **Sauer**, Prof. Dr. Wilhelm, Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie. XXI + 685 S. Berlin, 1921. Vereinigung wissenschaftlicher Verleger (Walter de Gruyter & Co.). Brosch. 90 M. — **del Vecchio**, Prof. Dr. Giorgio, Sui Principi Generali del Diritto. 62 S. Modena, 1921. Società Tipografica Modenese Antica Tipografia Soliani.

## II. Wirtschaftsphilosophie, Sozialphilosophie und Sozialethik.

**Diehl**, Karl, Sozialwissenschaftliche Erläuterungen zu David Ricardos Grundgesetzen der Volkswirtschaft und Besteuerung. Dritte Auflage, 1. Teil: Werttheorie — Grundrententheorie. XV + 427 S. Leipzig, 1921. Felix Meiner. Brosch. 45 M., geb. 60 M. — **Die Reform der staatswissenschaftlichen Studien**. Zweiter Teil. Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik in Kiel 1920. VIII + 260 S. München und Leipzig, 1921. Duncker & Humblot. Brosch. 30 M. — **Spann**, Prof. Dr. Othmar, Fundament der Volkswirtschaftslehre. 2. durchgesehene Auflage, vermehrt durch einen Anhang: „Vom Geist der Volkswirtschaftslehre“. XVI + 372 S. Jena, 1921. Gustav Fischer. Brosch. 38 M., geb. 47 M. — **Spann**, Prof. Dr. Othmar, Der wahre Staat, Vorlesungen über Abbruch und Neubau der Gesellschaft. IV + 300 S. Leipzig, 1921. Quelle & Meyer. Brosch. 26 M., geb. 30 M. — **Spann**, Prof. Dr. Othmar, Tote und lebendige Wissenschaft. Zwei Abhandlungen zur Auseinandersetzung mit Liberalismus und Marxismus. 57 S. Jena, 1921. Gustav Fischer. Brosch. 9 M.

## III. Gesetzgebungspolitik samt der Wirtschaftspolitik.

### 1. Zivilrecht und -prozeß. — Strafrecht.

**Baum**, Dr. Georg, Das Recht der Frau. X + 210 S. Berlin, Leipzig, Wien, Zürich, 1921. W. Vobach & Co. — **Cosack**, Konrad, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd., Teil 1, 7. Aufl. 336 S. Jena, 1921. Gustav Fischer. Brosch. 35 M. — **Hofacker**, Dr. Wilhelm, Ministerialrat im Ministerium des Innern in Stuttgart, Rechtswidrigkeit und Kriegsverbrechen. 42 S. Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1921. W. Kohlhammer. Brosch. 7 M. — **Kisch**, Prof. Dr. Wilhelm, Handbuch des Privatversicherungsrechts. 3. Bd., Lieferung 2. München, Berlin und Leipzig, 1921. J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Brosch. 14 M. — **Lehmann**, Dr. Manfred, Der Begriff des angemessenen Preises (Nr. 32 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Ernst Heymann). XXIV + 236 S. Marburg, 1921. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung. Brosch. 25 M. — **v. Liszt**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 23. Aufl. Besorgt von Dr. Eberhard Schmidt. XXXII + 732 S. Berlin und Leipzig, 1921. Vereinigung wissenschaftlicher Verleger (Walter de Gruyter & Co.) Brosch. 72 M., geb. 80 M. — **Mayer-Homberg** †, Prof. Dr. Edwin, Beweis und Wahrscheinlichkeit nach älterem deutschen Recht. VIII + 304 S. Marburg, 1921. N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, G. Braun. Brosch. 40 M. — **Neubauer**, Dr. Jacob, Beiträge zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eheschließungsrechts. Eine rechtsvergleichend-historische Studie. (Mitteilungen der Vorderasiatischen Gesellschaft [E. V.] 1919, 1920). XVI + 249 S. Leipzig, 1920. J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung. — **Schreuer**, Prof. Dr. Hans, Deutsches Privatrecht, Einführung in das geltende bürgerliche Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken. XII + 537 S. Stuttgart, 1921. Ferdinand Enke. Brosch. 99 M. — **Schüler**, Dr. Georg, Privatdozent an der Universität Königsberg, Der Urteilsanspruch. Ein Beitrag zur Rechtsschutzlehre und zum materiellen Justizrecht. XII + 87 S. Tübingen, 1921. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Brosch. 18 M.

### 2. Staats- und Verwaltungsrecht, Kirchenrecht, Völkerrecht.

**Schücking**, Dr. jur. Walter, Prof. in Berlin und **Wehberg**, Dr. jur. Hans, Die Satzung des Völkerbundes, Vorveröffentlichung aus dem Kommentar zum Friedensvertrage. XXIV + 521 S. Berlin, 1921. Franz Vahlen und Deutsche Verlagsgesellschaft für Politik und Geschichte m. b. H. Brosch. 140 M. — **Strupp**, Dr. Karl, Grundzüge des positiven Völkerrechts. VIII + 250 S. Bonn, 1921. Ludwig Röhrscheid. Brosch. 22 M.

## IV. Verschiedenes.

**Lenel**, Otto, Die Universität Straßburg 1621. 1921, Gedenkrede. 30 S. Freiburg i. Br., 1921. Julius Boltze.



# I.

## Rechts- und Staatsphilosophie. Allgemeine Rechts- und Staatslehre.

---

### Naturrecht und Psychologie.

Von

**Adolf Dyroff, Bonn.**

In seiner vielbewunderten Erzählung „Der Rosendoktor“ versendet Ludwig öfter (besonders S. 50 ff.) gegen die Juristen scharfe Pfeile, wie mir scheint, ohne das rechte Verständnis von der Sache und nicht ohne starke Überspannung des Bogens. Mit einem Wort aber kann er Eindruck machen. Wir hören: Der Jurist soll Psychologie treiben. Schwerlich hat der Dichter dabei an das gedacht, an was ein Psychologe zuerst denken würde, an forensische Psychologie, an die Tatbestandsdiagnostik, an die Psychologie der Aussage, an die Psychopathologie und verwandte Dinge, an die neuestens A. Hübner in seinem „Eherecht der Geisteskranken und Nervösen“ herantritt. Der gefühlvolle Mensch will, wenn er vom Juristen Psychologie fordert, in der Regel, daß man die Seele des Volkes studiere, daß man dem Rechtsgefühl des Einzelnen wie des Volkes gerecht zu werden strebe, daß auf das zarte Gefühl des Angeklagten Rücksicht genommen werde, daß man die Psyche des Verbrechers in ihrer Genesis erforsche. Nun ist ja gewiß, daß einzelne Richter, sei es vom Stolz auf eine oft bewährte Technik getragen, sei es aus Bequemlichkeit, sei es aus Mangel an Lebenserfahrung, den Nerven derer, die sie zu behandeln haben, übel mitspielen. Aber das ist die persönliche Seite der Frage, bei der auch die Begabung des Richters, sein Takt und seine Lebensweisheit eine Rolle hat. Sachlich wird solch populäres Verlangen erst an dem Punkte, wo der Begriff des Rechtsgefühls<sup>1)</sup>, des individuellen oder

---

<sup>1)</sup> Eduard August Schröder, Das Recht der Freiheit usw. 1901, der für ein Naturrecht ist, sieht im Rechtsgefühl den Wegweiser desselben (7).

sozialen Rechtsempfindens zugrunde liegt. Es ist, so meint der Laie im Gegensatz zum Juristen, im Herzen jedes vernünftigen und wohlgesinnten Menschen ein unmittelbares Erkennen dessen, was recht und unrecht ist, möglich. Auch der Richter müsse sich von diesem Rechtsgefühl leiten lassen. Wenn der Laie noch etwas weiter denkt, behauptet er auch, das Parlament und die übrigen gesetzgebenden Faktoren müßten von diesem Rechtsgefühl bei der Feststellung der Gesetze bestimmt sein. Das ist offenbar eine Überzeugung, die man naturrechtlich nennen muß. Daher lohnt es sich einmal der Frage nachzugehen, welches denn die Beziehungen zwischen Naturrecht und Psychologie sein mögen. Die zwischen positivem Recht und Psychologie sind zwar auch reizvoll und bei weitem noch nicht geklärt; aber die Begriffe „Zweck“, „Wille“, „Konvention“ und was sonst Psychisches dabei mitwirken mag, werden vorläufig besser zurückgestellt, bis einmal der des Rechtsgefühls erläutert ist.

Nimmt man die Frage in Angriff, so findet man sich durch die gewöhnliche Psychologie meist enttäuscht<sup>2)</sup>.

Um die Verhältnisse aufzuhellen, sei zunächst einmal die Psychologie des Rechts tr ä g e r s ins Auge gefaßt. Es empfiehlt sich, beim Kinde zu beginnen. Denn selbst im primitiven Erwachsenen ist das Seelenleben nicht so primitiv wie beim Kinde. Man lese nur einmal die Märchen von Naturvölkern, die ja doch

<sup>2)</sup> Ich will damit nicht behaupten, daß kein Psychologe auf die rechtlichen Grundbegriffe zu sprechen kommt. Alle neueren Psychologien daraufhin zu durchstöbern, muß ich mir versagen. Im großen Ebbinghaus gibt das Register nichts an. Wilh. Wundt breitet im 9. Band seiner Völkerpsychologie, betitelt „Das Recht“ (Leipzig 1918) wiederum seine voluntaristische Psychologie aus (219 ff.), ich kann aber wenig damit anfangen; nur die Betonung des Triebes sagt mir etwas. Mehr Anregung bieten die geschichtlichen Betrachtungen, zu denen Wundt neigt. Manches gibt Heinrich Maier, Psychologie des emotionalen Denkens, Tübingen 1908 (besonders S. 729 f.), mit dem ich aber in der glatten Leugnung eines ursprünglichen Rechtstriebes (731) nicht übereinstimmen kann und der nicht in die genauere Darstellung der Formen von Rechtsgefühlen eintritt. Mehr wird man meist in Ethiken finden; so z. B. bei Friedrich Harms, Ethik, Leipzig 1889, unter „Die sittliche Erkenntnis als Wissenschaft“ (88 ff., besonders 91 ff.).

Franz Joseph Klein, Die psychischen Grundlagen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung, Berlin 1912, war für mich nicht richtunggebend; ich verweise auf seine Analyse des Rechtsgefühls (S. 37 ff. mit weiterer Literatur). Als Psychologe begrüße ich sein Verlangen nach lebendiger Auffassung des Menschen, im besondern seinen Satz: Die Gründe des Rechtsgehorsams werden auch im Individuum und in seiner Psychologie zu suchen sein (S. 15). Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts (1912) will bekanntlich ein Zurückgreifen auf die letzten, allgemeinsten Unterlagen des Rechtsempfindens, eine Verwendung des Rechtsbewußtseins als Rechtsquelle (nach einem Ausdruck von Radbruch (42 f.).

von Erwachsenen gedichtet wurden. Aber auch im Vorblick auf die Erwachsenen ist das Beginnen mit dem Kinde wertvoll. Von Juristen, Philosophen, Historikern und Theologen abgesehen, kommen die meisten Menschen nicht weit über das Rechtsgefühl des Kindes hinaus<sup>3)</sup>, wie es denn überhaupt eine für viele verwunderliche, dem Psychologen indes sehr verständliche Tatsache ist, daß selbst Menschen, die in einem besonderen Gebiete auf der höchsten Stufe ihrer Zeit stehen, auf einzelnen anderen Gebieten wieder kaum so recht über die Höhenlage des jugendlichen Seelenlebens, besonders über das der Jahre 14—20 hinauswachsen. Wir müssen uns bei unserm Verfahren nur hüten, ohne weiteres aus dem vermutlichen Anfang der Psychogenese einer Sache auf das Wesen der Sache zu schließen. Meist ist der Anfang nur eine besondere, für die Kindheit wichtige Sonderform der Erscheinung, die erst, wenn sie auf ein übergeordnetes Ding zurückgeführt wird, das Wesen erfassen hilft. So wird der kindliche Spieltrieb erst durch eine Beziehung auf den Begriff der Übung verständlich. So kann uns der Körperschmerz, der natürlich wie alle Schmerzen ein Seelenschmerz ist, allein das Wesen des Schmerzbewußtseins nicht enthüllen, vielmehr wissen wir heute, daß der Körperschmerz ein Komplex aus einer besonderen Art von Empfindung, der sog. „Stichempfindung“ und einem heftigen momentanen Unlustgefühl mit gewöhnlich gut umschreibender Lokalisation ist. Das „Gute“, der positive Wert stellt sich dem Menschen zuerst in der Form der Lust dar, später in der Form des Zweckmäßigen, aber keines von beiden ist die vollkommen entsprechende psychische Darstellungsform des Guten oder des Wertes. Unter diesem Vorbehalt wollen wir einmal das untersuchen, was sich als Gefühl der Kränkung, genauer des Gekränktheits bezeichnen ließe. Niemand, der eine Erinnerung an Kränkungen hat, die ihm während seiner Kindeszeit widerfuhr, wird leugnen, daß da in einem bestimmten Augenblicke ihn ein heftiger Schmerz durchzuckte. Von da an wird, falls nicht Tröstung oder Erfüllung des Anspruchs erfolgte, in der Regel entweder der Schmerz bei jedem Wiederauftauchen des Anlasses immer größer und bohrender sich gezeigt haben oder er wird allmählich verebbt sein, je nach Umständen, je nach „Temperament“. Die Kernfrage ist: Woraus entsprang jener Schmerz? Mir scheint, aus einer intuitiven Erkenntnis, die sich wohl hinterher mit Hilfe von Begriffen auseinanderlegen und in Worte fassen läßt, aber als psychische Realität selbst ungeteilt ist. Ihre Bedingungen sind etwa diese:

<sup>3)</sup> Ich gehe also noch etwas weiter als Franz Klein, der a. a. O. S. 30 sagt: Ein theoretisches Rechtswissen ist Seltenheit und Zufall.

Das Kind besaß in der Familie eine Wertstellung; diese wird in einem Falle nicht so geachtet, wie es das Kind gewohnt war oder wie es das Kind als richtig ansieht, das Kind erfaßt die widrige Lage sofort und der Schmerz ist da. Man nehme einem Kinde ein Spielzeug, ein Buch, das ihm persönlich „gehört“, das also ein Mittel zur Lust- und Wertsteigerung ist und auch zur Achtung des Kindes tatsächlich so beiträgt wie ein Stück Vieh zur Achtung des Naturmenschen. Der Lehrer behandle einen Schüler, den er sonst zu schätzen vorgibt, in Gegenwart etwa des revidierenden Schuldirektors so, daß der Schüler vom Lehrer, der es „besser wissen muß“, ungerechterweise preisgegeben zu werden scheint oder daß der Schüler getadelt wird für etwas, was der Lehrer verabsäumt hat. Die Mutter möge eines der Kinder weniger gut behandeln. Immer fühlt sich das Kind gekränkt. Diese Erkenntnis nun der erlittenen Kränkung ist gewiß ein seinerseits komplizierter Vorgang; aber der Jurist darf seine Auflösung in die letzten ergreifbaren Komponenten dem Experimentalpsychologen überlassen. Für ihn genügt, daß das Kind einen Widerspruch blitzartig erkennt. Das Rechtsgefühl des Kindes enthält demnach in derartigen Fällen einen kognitiven Faktor als auslösendes und eine Gefühlswirkung als reaktives Element. In dem kognitiven Teile steckt sicher die Beziehung irgend einer seitens eines anderen Menschen erfolgten Handlung auf das eigene Ich. Es mag nicht ganz gleichgültig sein, daß die äußeren Handlungen in den meisten unserer Fälle von Erwachsenen ausgehen, denen das Kind Vertrauen entgegenbringt und von denen es Wohlwollen erwarten darf, daß aber die Kinder, wenn ihnen Ähnliches von Wildfremden geschieht, das im wesentlichen so hinnehmen, wie wenn ihnen eine Naturmacht, z. B. ein Sturmwind oder ein Unglücksfall etwas entzieht. Jedenfalls können wir den Umstand hier beiseite lassen. Bei Übergriffen oder Nichtachtung seitens gleichaltriger Kinder nimmt das Gefühl nicht so gern den Charakter des Gekränktseins an. Das Kind „setzt“ also in irgendeiner psychischen Form „voraus“, daß ihm irgendetwas zukomme, sei es eine Behandlung, sei es ein Gegenstand. Irgendein Bewußtsein des eigenen Wertes ist mitgegeben, dazu die Relation auf ein anderes Ich. Eine besondere Art dieses Gefühls der Kränkung ist dasjenige, das bei vermeintlich oder wirklich ungerechter Bestrafung eintritt. „Ich habe es doch nicht getan“, hört man da oft. Diesmal geht noch mehr voraus als das Bestehen eines Bewußtseins vom eigenen Werte; das Kind hält es — wiederum ist es für uns gleichgültig, wie es dahin kam — für selbstverständlich, daß eine böse Tat gestraft wird. Es erkennt dann, daß sein Verhalten mit der vom Strafenden gemeinten bösen Tat nichts zu tun hat, oder



weiß, daß ein anderes „es getan“ hat oder daß ein schlimmer Zufall den Schaden verursachte. Es erkennt den Widerspruch zwischen der erfolgten Strafe, die ja nun eigentlich keine Strafe ist, und seinem eigenen Verhalten. Die Entehrung oder Herabsetzung seines eigenen Wertes durch die Strafe wird das Kind nicht einmal zur inneren Aussprache bringen und dennoch liegt in dem Erfassen der Sachlage irgendein Stück von solcher Auffassung, nur unbestimmt, dunkel, wenn man will, aber so etwas ist sicher mit da. Wiederum ist das kognitive Element das Auslösende und das heftige Unlustgefühl die Reaktion. Es handelt sich darum, daß dem Kinde etwas widerfuhr, was ihm nicht zukam. Es wurde „ungerecht“ gestraft. Mich dünkt, bei prozessierenden Bauern liegt die Sache oft nicht wesentlich anders als bei den gekränkten Kindern erster Art, und wenn verurteilte Verbrecher ihre Unschuld beteuern oder gar verstockt sind, so kann sehr wohl das Bewußtsein einer tiefen Kränkung mitwirken, wobei beim Schüchternen der Schrecken und die Erschütterung, beim Empörten und Menschenverachtenden die Entrüstung und der Trotz diesen Teilbestand der psychischen Sachlage verdeckt. Es ist nun nicht an dem, daß die plötzlich einsetzende Erkenntnis des Widerspruchs und das aus ihr entspringende und mit ihr verschmelzende Gefühl das Ganze der Sache ausmacht. Die prompte Reaktion des Schmerzgefühls auf die intuitive Erkenntnis setzt einen schon länger bestehenden Zusammenhang voraus. Die Wirkungen, die jetzt wieder vom Schmerzgefühl ausgehen, deuten auf einen teleologischen Charakter des besonderen Vorgangs. Kurz wir haben Tendenzen als Grundlage der Reaktion. Jede Traumpsychole, auch die Freudsche Psychologie in ihrem berechtigten Teile, muß dauernde Tendenzen als Faktoren im Seelenleben anerkennen, mögen diese nun angeboren oder erworben sein. Der ganze Vorgang hat etwas von einer Triebregung an sich: Wie da auf einen Reiz hin ein Empfindungsvorgang, der als solcher ein kognitives Element ist, entsteht und ein Gefühl (im strengen Sinne) entspringt, so auch dort. Wenn man gelegentlich von einem angeborenen „Rechtssinn“ spricht, so scheint man sich auf derartige Eigenerfahrungen zu stützen. Zu beachten ist dabei, daß das Kind Belohnung und Belobung bei eigenem Verdienst als selbstverständlich hinnimmt und mit Lustgefühl beantwortet, gleichsam schmunzelnd einstreichet. Das ist, soweit es sich um die Erkenntnis handelt, daß der eigene Wert von außen anerkannt wird, kein wesentlich anderes Verhältnis als beim Kränkungsgefühle. Solche Zuordnungsverhältnisse zwischen gegensätzlichen Erkenntnissen (Mißachtung — Anerkennung) und gegensätzlichen Gefühlen (Unlust — Lust) finden sich im Triebleben sonst überall. Wir werden kaum ganz fehlgehen,

wenn wir auch unsere Fälle einmal zu diesen in engere Verwandtschaft setzen. Gefühle der Lust und Unlust sind überhaupt nur unselbständige Teile von Triebvorgängen; sie sind „Symptome“ (Th. Lipps, vgl. Platon) oder etwas dergleichen. Man gestatte noch einen Vergleich mit einem Vorgang, der leicht mit dem Kränkungsgefühl verwechselt werden kann, aber wesentlich anders beschaffen ist. Wenn ein Kind von den Eltern sehr verwöhnt worden ist und dann plötzlich aus irgendeiner Ursache von ihnen oder von Vormündern eine strenge, aber „gerechtere“ Behandlung erfährt, scheint sich so etwas wie Kränkung einzustellen. Aber Belehrung hilft; oft sind die Kinder auch nur verblüfft, überrascht, unwillig oder unangenehm berührt, wenn ihnen die gewohnte Verzärtelung nicht mehr zuteil wird, wenn ihre Frechheiten Widerstand finden. Die Erkenntnisprozesse verlaufen da ganz anders, obwohl auch ein Bewußtsein des eigenen Wertes und das Bemerken eines Widerspruchs mitspielen. Das Bewußtsein vom eigenen Wert ist diesmal offenbar doch nicht so kernhaft und ist nicht beständig. Das Kind erkennt wohl gar später deutlich, daß das, was es zu empfangen erwartete und stets mit Erfolg erwartete, nicht so absolut notwendig war. Es war ein angezüchtetes Selbstwertbewußtsein, keines, das sich immer aus lebendiger Quelle erneuert, sonst konnte es nicht verlorengehen.

Wir werden gut tun, das negative Rechtsgefühl des Rechtsträgers noch weiter zu verfolgen. Auch in der Logik ist der Satz vom Widerspruch früher entdeckt worden und mußte nach dem Gesetze der Aufmerksamkeit früher auffallen, als seine objektive Grundlage, der Satz von der Identität. Das Phänomen der Verbitterung, um von der dem Kränkungsgefühl näher verwandten, nur heftigeren und aggressiveren Erbitterung zu schweigen, kann da einen Leitfaden geben. Zunächst ein Beispiel aus dem wirklichen Leben! Eine Frau verliert ihren Mann und heiratet anderswo wieder. Das einzige Kind erster Ehe wird mit denen aus der zweiten Ehe unter dem Namen des zweiten Gatten erzogen. Während der zweite Vater dem Stiefsohne eine, wie dieser später charakterisiert, „berechnende Güte“ zuwendet (er meinte offenbar eine bloß verstandesmäßige Güte; der Junge besitzt nämlich kein eigenes Vermögen und verdankt alles dem zweiten Vater), setzt die Mutter ihren ersten Sohn vor den neuen Kindern durchaus zurück, ja zeigt ihm ihre Antipathie. Aus den stets erneuerten Kränkungsgefühlen entwickelt sich der Zustand der Verbitterung, und als in der Schule dann durch die dokumentarische Feststellung seines wahren Namens dem Jungen bekannt wird, wie sein wirkliches Verhältnis zu der Familie beschaffen ist, verschließt er sich vor dieser in sich, besonders vor

der Mutter, in dem Grade, daß sein ganzes Interesse sich dem verstorbenen Vater und dessen ferner Verwandtschaft zuwendet, die er heimlich aufsucht. Die Verbitterung führt den Menschen mehr auf sich zurück, bringt ihn aus wertlosen Vertrauensverhältnissen heraus und ist oft eine Selbstschutzorganisation gegenüber Persönlichkeiten, die den Verbitterten sonst noch weiter falsch behandeln oder ausnutzen würden. Sie verliert ihren Wert erst und schadet, wenn sie passiv bleibt, zur Mutlosigkeit und auf dem bekannten Wege falscher Verallgemeinerung zu maßloser Abneigung gegen weitere Kreise oder zur Menschenscheu verleitet. Eine davon wesentlich verschiedene Art der Verbitterung ist es, wenn jemand durch einen selbstverschuldeten Mißerfolg dahin kommt, anderen oder dem Schicksal die Schuld aufzubürden, hämisch, kritiksüchtig und gesellschaftsfremd wird. Wir sehen deutlich den Unterschied der auf berechtigtem und der auf unberechtigtem Selbstwertbewußtsein beruhenden Verbitterung. Wir sehen ferner, wie die rechtliche Verbitterung als zweckmäßiges Instrument in einen größeren Zusammenhang eingebaut ist: Der Verbitterung des Jungen entspricht die objektive Pflicht der Mutter. Sie sollte statt so etwas wie Feindseligkeit zu zeigen, dem Knaben geistig fördernde Liebe zuwenden und ihren innerlich nicht so interessierten zweiten Gatten an Güte überbieten. Man denkt unwillkürlich an die Psychologie der Temperaturempfindungen: Für Kältereize sind wir empfindlicher als für Wärmereize, weil wir uns gegen Kälte mehr schützen müssen. Das pflichtmäßige Wohlwollen seiner Lehrer kam jenem Jungen nicht in dem gleichen Maße zu Bewußtsein, so daß er es ebenso freudig anerkannt hätte, wie er auf das Verhalten der Mutter innerlich ablehnend reagierte. Das bisher Ausgeführte lehrt, daß die psychologische Grundlegung einer allgemeinen Rechtstheorie nach der Seite des Rechtsträgers hin mit größtem Eifer auf einen vollständigen Aufweis der rechtlichen Unlustgefühle ausgehen müßte. Dazu fehlt noch viel.

Hervorgehoben sei aber eines, was für unseren Gedankengang wichtig ist: In Kränkung wie in Verbitterung ist ein Anspruch des einzelnen Ichs vorausgesetzt. Wir fühlen uns normaliter gekränkt, verbittert, weil uns etwas entgeht, was uns zukommt. Dieser Sachverhalt entspricht einigen Begriffen, die in eine bekannte Definition der Gerechtigkeit aufgenommen sind; danach ist diese der dauernde und beständige Wille, jedem das ihm Zukommende zu erteilen. Sowohl in „jeder“ als in „suum“ liegt das „Ich“, die Gleichsetzung von „suum“ mit „das dem Ich zukommende“ ist klar. Ich betone, daß mich nicht etwa diese Definition auf die Betonung der genannten Gefühle gebracht hat, vielmehr fiel mir die Überein-

stimmung erst auf, als ich jene kurze Analyse des Kränkungsgefühles vollzogen hatte. Ebenso schließen die Sätze, auf welche alte Naturrechtsvertreter das Recht letztlich zurückführen, die genannten Begriffe ein: „Was du willst, daß man dir tue, das tue du auch dem andern“ und: „Was du nicht willst, daß man dir tu, das füg' auch keinem andern zu.“ Bekanntlich ist „Du“ ein anderes Ich. Herangezogen sei ferner, die Auffassung, die Th. Mommsen einer rechtsvergleichenden Untersuchung „Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker“ (1905) zugrundelegte: Als allgemeinen Zweck der Rechtsordnung habe, so erläutert Wilh. Wundt, der die Sache in anderer Umgebung vorbringt<sup>4)</sup>, Mommsen den „der Beschützung des Menschen gegen den Menschen“ und „der Vergeltung der von dem Menschen gegen den Menschen verübten Tat“ angesehen. Wundt legt selbst auf die Theorie Mommsens, nach welchem die Entwicklung bei den Kulturvölkern „von der Selbstverteidigung und der Selbstrache zum Gesamtschutz und zur staatlichen Strafe“ fortgegangen sei, den größten Nachdruck und findet seinerseits, daß die Schlüsse, die sich aus der taciteischen Schilderung der altgermanischen Rechtszustände für die Anfänge der Rechtsordnung bei den Germanen ergeben, mit dieser Entwicklung übereinstimmen (XIII). Sonderbar ist es, daß Wundt, indem er von den in dem Mommsenschen Satz angegebenen Mitteln auf die Motive, also auf die Gesinnung zurückgeht, die das Recht voraussetze, diesen Satz in folgenden umformt: Die Rechtsentwicklung gehe „von der ausschließlichen Sorge für das eigene Wohl zur Hingabe an die Gemeinschaft und zur Unterordnung des eigenen unter die Zwecke des gemeinsamen Willens“ fort. Das ist ein etwas rascher Sprung von den objektiven „Mitteln“ zu einer wesentlich voluntaristischen Ausdeutung. Der Begriff der „Selbstrache“ — Wundt unterstreicht selbst oft genug die „Blutrache“ als charakteristischen Entwicklungszustand — ist Zeuge für eine eigentlich triebmäßige Beschaffenheit primitiver Zustände. Der verstorbene Völkerpsychologe sagt ein andermal sehr hübsch: „Ist es doch die allgemeine Eigenschaft des praktischen Lebens, daß die Intensität der unsere Vorstellungsinhalte begleitenden Gefühle nicht sowohl von der Klarheit dieser Vorstellungen als vielmehr von instinktiven Triebmotiven der Sitte und der Sittlichkeit bestimmt wird“ (14). Man weiß, daß Wundt psychologisch Voluntarist ist; die Folge muß Unschärfe in der Analyse der psychischen Tatbestände sein, vornehmlich, sobald es sich um die Grenzen und die Beziehungen zwischen Trieb- und Willensleben handelt. Das ganze

<sup>4)</sup> Völkerpsychologie IX: Das Recht. Leipzig 1918, p. VII.



Buch Wundts, so verdienstlich es ist, leidet unter seiner Willenspsychologie. Das kann nicht ohne schlimme Folgen für seine Rechtspsychologie sein. Daß in der mitgeteilten Ausdeutung des Mommsenschen Satzes der Philosoph zugleich zu einem Widerspruch gegenüber einem von ihm sonst ausgesprochenen Gedanken kommt, nach welchem weder das Individuum vor dem Staat, noch der Staat vor dem Individuum ist (7 f.), sei nur nebenher bemerkt. Wenn die Sorge für das eigene Wohl zeitlich dem für den staatlichen Gesamtschutz vorangehen kann, dann ist wenigstens psychisch das Individuum eine Realität, die lange vor der rechtlich geeinten Gesellschaft ist. Th. Lipps mit seiner Theorie der Selbstwertgefühle ist in unserer Frage förderlicher als Wundt, obwohl auch Lipps zu abstrakt ist, wenn er aus dem allgemeinen „Ichgefühl“ = Gefühl alle Gefühle herleiten will. Nur wenn man die Triebe mit objektiven Zweckverhältnissen in Zusammenhang bringt, wird man ihrem Wesen näher kommen. Bei Hunger, Durst und tausend anderen Vitalgefühlen hält man diesen Zusammenhang für selbstverständlich. Warum sollen aber so lebenswichtige Triebe wie der zum Gekränktsein anders behandelt werden? Die Möglichkeit pathologischer Entwicklung oder des Mißbrauchs beweist nichts gegen unseren Gedankengang. Auch Hunger und Durst entgleisen oft genug oder werden mißbraucht. Es gilt nur den Kern der Triebtendenzen herauszuschälen, und der ist immer Erhaltung und Vervollkommenung des psychophysischen Organismus. Wollte man behaupten, nur die physische Existenz des Individuums sei der innere Zweck der Triebe und Triebhandlungen, so verfielen man dem Materialismus und beraubte man das Individuum theoretisch der Mittel, sich geistig zu erhalten und fortzuschreiten. Ob das aus dem Vorhandensein und der praktischen Wichtigkeit der Kränkungsgefühle zu erschließende Eingeordnetsein des Individuums in einen über das Individuum hinausreichenden Rechtszusammenhang sich gleich ursprünglich in solchen Gefühlen kundgibt oder ob diese erst Differenzierungsprodukte aus primitiveren Gefühlen, etwa den rein sittlichen Gefühlen, sind, bleibe hier dahingestellt. Nur am Rachetrieb sei gezeigt, wie in einem scheinbar unsittlichen Trieb ein sittlich wertvoller, eben ein Gerechtigkeitstrieb enthalten ist. Positivisten sagen: Der Rachetrieb hat sich unter dem Einfluß der Kultur zum Trieb nach Gerechtigkeit entwickelt. Oder man sagt, der Rachetrieb ist schlecht. Er mußte also in der Menschheit vernichtet werden. Beide Ansichten tun dem Rachetrieb unrecht. Andere verleumdten den Straftrieb, wenn sie ihn auf Rachsucht zurückführen; selbst Th. Lipps in seinen „Ethischen Grundfragen“

hat sich da vom Einfluß einer älteren Theorie nicht freigehalten<sup>5)</sup>. Die Sache wird am einfachsten so erklärt: Der Rachetrieb ist eine der vielen Entgleisungen, wie sie im Triebleben, auch im tierischen, vorkommen. In ihm steckt als sinnvoller Kern der Trieb, etwas, was als Unrecht erkannt ist, wieder gut zu machen. Es ist eine durch nichts beweisbare, im Gegenteil durch die Selbstbeobachtung jederzeit leicht zu widerlegende Mißdeutung eines Tatbestands, wenn man sagt, die Genugtuung, die naive Menschen bei der Hinrichtung eines Mörders spüren, entstehe aus der Rachsucht. Bei wieviel Menschen mischt sich denn ein Gefühl befriedigter Rache in einen solchen Vorgang? Viel häufiger und mächtiger ist das Lösungsgefühl, das aus dem Wissen um das Befreitsein von einer möglichen Gefahr, von einem starken, psychischen Druck entspringt. Bei vielen spielt ein Schrecken für den Mörder, oft ein lebendiges Mitgefühl mit. Die Genugtuung über den Vollzug der Todesstrafe am Mörder läßt sich, sobald sich der Zuschauer nur einmal auf sich selbst besinnt und die Begleitgefühle von dem Kerngefühl trennt, sehr leicht als auf der ruhigen leidenschaftslosen Erkenntnis beruhend erfassen: Hier ist eine schreckliche, sittliches Entsetzen erregende Untat gesühnt worden. Ohne daß wir von dem Mörder persönlich litten, ohne ihn vorher gekannt zu haben, können wir, sobald uns die Schwere der Untat, die Lage der durch sie Betroffenen objektiv einsichtig gemacht ist, jene Genugtuung spüren. Wie steht es mit der Rache bei einem Unrecht, das man selbst erlitt? Sicher kann hier bloßer Vernichtungsdrang vorkommen, der sich auf den Urheber des Übels richtet. Allein das ist keineswegs immer der Fall. Rache muß nicht mit Wut oder kalt berechnender Bosheit verbunden sein. Immerhin hat unser deutsches Wort „Rache“ einen scharfen Beigeschmack; das Vorwiegen des ruhigen Willens zur Aufhebung eines Unrechts, zur äußeren Herstellung des Ansehens der Sittlichkeit ist doch wohl mit Rache und Rachegefühl unverträglich. Ich leugne aber, daß unsere „Vergeltung“ den Bezug auf zornige, überlegte Reaktion oder auf rücksichtslose Verletzung des Gegners haben muß. Rache ist gehässig, Vergeltung muß es nicht sein, will an und für sich nicht selbst wieder eine Kränkung des Übeltäters, sondern im wesentlichen nur, daß er zur Anerkennung des von ihm begangenen Unrechts gelangt und daß der Wille der Gesellschaft zum Ausdruck kommt: Handlungen derart werden von der Gesellschaft nicht ge-

<sup>5)</sup> S. 296 ff., besonders 299. Lipps, der gern auf Hume zurückgriff, vergleicht die Schadenfreude. Auch die Schadenfreude aber ist eine falsche Ausbildung der berechtigten Genugtuung über metaphysische Strafe des Übeltäters.

duldet. Gehen wir auf die psychogenetischen Anfänge der Rache beim Kinde zurück, so beobachten wir, daß das Kind gar nicht dazu neigt, sich zu rächen. Oft zwar wird auf geschehene Unbill sofort aus Ärger mit einem kräftigen Gegenschlag reagiert. Aber Ärger ist noch lange nicht Rachegefühl und Zorn. Leicht mischt sich in die Gegenwirkung beim Knaben die instinktive Tendenz, die eigene Kraft auszuprobieren oder die eigene Überlegenheit zu zeigen. Auch Freude am Ringen als solchem führt nicht selten zur Vergeltungstat. Gerne entwickelt sich ein längerer Ringkampf so ab, als wenn Vergeltung auf Vergeltung folgte. Wie mannigfaltig die inneren Situationen sind, beweist der nicht vereinzelte Fall, daß ein scherzhaft oder spielerisch begonnener Wettkampf infolge eines ungeschickt heftigen Schlags von einer Seite beim andern raschen Ärger erzeugt und daß das Ringen dann böse ausläuft. Wer würde aber wagen, die jetzt in den Ringenden waltenden Gefühle Rachegefühle zu nennen? Dafür sind sie viel zu kompliziert und eigenartig. Wenn Mädchen, die von Knaben mit Steinen geworfen oder sonstwie belästigt worden sind, den Jungen auflauern und sie kräftig bearbeiten, so geschieht es offenkundig meist nur, um diesen das Handwerk zu legen oder Ruhe zu bekommen. Auch da schleicht sich etwas Kampffreude hinein. Ist das Rache? Gewiß nicht. Man sucht zu verhüten, abzuschrecken, sich zu schützen. Die Vielgestaltigkeit der psychischen Bilder, denen die Sprache bei weitem nicht nachkommt, nicht nachkommen kann, muß davor warnen, vorschnell aus psychologischen Worten der Volkssprache Schlüsse zu ziehen; gerade die Worte für Gefühle und momentane Gesamtlagen des Bewußtseins sind vieldeutig. Die Blutrache geht m. E. aus Kränkungsgefühlen hervor. Das natürliche Hilfebedürfnis der des Gatten beraubten Frau, der natürliche Trieb zum Helfen, der den Sohn gegenüber der Mutter, den Verwandten gegenüber dem Verwandten beseelt, entwickeln ein System von Handlungen. Das Schutzmotiv kann sehr wohl eine Komponente der Reaktionshandlungen sein; denn die Beobachtung, daß einer, der einmal einem andern Unrecht getan hat, ihm gerne noch weiter Unrecht tut (den Gekränkten förmlich „verfolgt“), stellt auch der einfache Mann aus dem Volke an, außerdem zeigt die Geschichte und das primitive Leben, daß, wer gegen eine bedeutende Person vernichtend vorgeht, in der Regel seine ganze Sippe vertilgen möchte. Weiterhin verknüpft sich mit der Blutrache die Befriedigung des Ehrgefühls der Sippe, das mit dem ursprünglichen Kränkungsgefühl noch nichts zu tun hat: es wird Ehrensache für jedes Mitglied der Sippe, den Mord mitzurächen. Wir kennen heute die Macht, die Assoziationen und Ver-

schmelzungen sowie Dispositionen im Seelenleben ausüben. Niemals bleibt es bei starren Bewußtseinseinheiten und die affektiv bestimmten Gebilde sind besonders leicht verschiebbar. Die Blutrache ist demnach keineswegs die aller Rechtlichkeit bare Vorstufe eines Rechts, sondern enthält in sich von vornherein ein rechtliches Grundmotiv, trägt es aber durch allerlei angeschlossene Elemente stark verdeckt in sich. Die Grundmotive unseres Handelns müssen durchaus nicht immer im Vordergrund des Bewußtseins stehen; sie können, was man ebenfalls heute weiß, wie alles in den „unanalytierten Hintergrund“ des Bewußtseins, ja in die Sphäre des Unterbewußten zurücktreten. Eine andere Verbildung des ursprünglichen Rechtsbewußtseins ist die Einrichtung des Duells, bei dem sich das Kränkungsgefühl als Kern, sodann die instinktive Ausbildung der Reaktion und in der Folge die verstandesmäßige Ausgestaltung der instinktiven Anfänge mit Händen greifen läßt. Wenn man das Duell abschafft, so braucht man damit noch nicht das ganze Vergeltungssystem auszurotten. Vielmehr fordern mit Recht die heutigen Duellgegner eine rechtmäßigere Form der Sühne für die Kränkung. Wenn endlich neuerdings das „Güteverfahren“ viel Anklang findet — Felix Joseph Klein hat das Verdienst, den Rechtsfrieden immer wieder gefördert zu haben und nachdrücklich für ihn zu wirken<sup>9)</sup> —, so bedeutet auch das, wo Schuld vorliegt, nicht ein Ausräumen der Vergeltungsidee; vielmehr kann Friede hier nichts anders sein als eine menschenwürdigere Form der Vergeltung oder Sühne, eine Form, die jedem das Seine läßt und die Würde der menschlichen Person auch am Übeltäter wahrt. Die psychologischen Mythologeme, die sich heute mehr als je breit machen, verleiten allzuleicht zu unannehmbaren Folgerungen. Man würde die Gerechtigkeit selbst aufheben, wollte man jede Reaktion auf eine Kränkung als unsittlich hinstellen. Die Beseitigung der Todesstrafe darf man nicht damit begründen, daß man sagt: Todesstrafe ist nur eine durch den Staat sanktionierte Blutrache; da diese verfehlt ist, muß auch die Todesstrafe fallen.

Nehmen wir nun einmal das Kränkungsgefühl als Wesenskern aller rechtlichen Gefühle des Rechtsträgers an und fragen wir uns: Hat derjenige, der sich gekränkt fühlt, Recht, wenn er erwartete, daß man für ihn liebevoll oder doch rücksichtsvoll Sorge, daß man

<sup>9)</sup> Die Rechtsfriedensbewegung ist, wie mir Herr Rechtsanwalt F. Klein mitteilt, als Neubelebung des Güteverfahrens 1915 von Notar K. W. Lüdtke mann inaugurirt und durch eine große Reihe namhafter Juristen vertreten worden. Klein sucht besonders durch die Presse und durch die Lehrerschaft für den überaus wertvollen Gedanken zu wirken.



ihn unter gleichen Bedingungen gleich behandle, daß man seine Ehre wahre, daß man ihn nicht des natürlichen Schützers und Helfers beraube? Wer wollte sagen: Er hat Unrecht und sein Anspruch beruht nur auf subjektiver Empfindlichkeit, auf einer Empfindlichkeit, die ebensowenig in geltenden Personenverhältnissen begründet ist wie die Empfindlichkeit eines eitlen Menschen, eines nervös Überreizten, eines pathologisch Veranlagten? Der angeführte Junge hatte ein Recht auf die Fürsorge seiner Mutter; es wäre sogar billig gewesen, daß ihm die Mutter den verstorbenen Vater einigermaßen ersetzte und ihn innerhalb der Schranken richtiger Erziehungsgrundsätze um ein Weniges besser stellte als die Kinder zweiter Ehe. Sicher hatte er an den Stiefvater nicht ganz die gleichen sachlichen Ansprüche; um so mehr ehrte es diesen, daß er dem Knaben wohlwollend entgegenkam, aus welchen Gründen immer für den Stiefsohn mit eigenen Mitteln sorgte und ihn zum Studium brachte. Die Kinder haben samt und sonders ein Recht auf Fürsorge durch die Eltern oder deren Stellvertreter, kurz durch die Erwachsenen, auch wenn kein positives Recht ihnen diese Fürsorge aktuell zuspricht. Das Fürsorgegesetz hat demnach etwas ausgesprochen, was schon da war; man kann die Voraussetzung des Gesetzes vom Standpunkt des positiven Rechtes ein potentielles Recht nennen. Der Fortschritt besteht diesmal darin, daß ein latentes (virtuelles) Recht aktuell, gleichsam kinetisch wurde. Wir wissen, daß üble Verstöße gegen die Idee des Fürsorgegesetzes, kurz unsre sozialen Verhältnisse den Anstoß zur Aufstellung des Gesetzes gaben. So entstehen positive Gesetze und Rechte tausendfach aus latenten Rechten, wenn die Kompliziertheit der fortgeschrittenen Kultur die Auswirkung der gesunden Triebe in vielen Fällen unterbindet.

Das Instrument der Kränkungsgefühle ist nicht starr und eintönig, sondern sehr anpassungsfähig. Wir fühlen uns in den Bedingungen unserer physischen Existenz, in der Freiheit der Lebensbetätigung, in den Fortschrittsmöglichkeiten gekränkt; zu letzteren zählt die Ehre. All das ist zur Erfüllung des gesamten Lebenszweckes notwendig. Auf all das haben wir ein Recht. Das wäre mir eine sonderbare Lebenseinrichtung, die zwar für Abwehr von körperlichen Schäden reiche psychische Mittel bereitstellte, eben die unübersehbar zahlreichen Schmerzempfindungen, die Temperatur-, Geschmacks-, Geruchsempfindungen, auch die optischen und akustischen, für die Abwehr geistiger Schäden aber nicht sorgte. Daher darf es uns keineswegs Wunder nehmen, daß wir für die Bedingungen unserer geistigen Existenz und unseres geistigen Wesens

gleichsam ein besonderes Organ zu besitzen scheinen<sup>7)</sup>. Da uns unsre geistige Existenz und ihr Wesen im Wachen immer gegenwärtig ist, kann sich das auch immer ankündigen.

Ein besonderes Wort noch den Schmerzempfindungen. Bekanntlich werden sie von den Nebenmenschen oft benutzt, um zu tadeln und zu strafen. Das kann natürlich nicht unerlaubt sein in den natürlichen Grenzen, eben als Mittel der Förderung. Wo sie jedoch als Mittel des unrichtigen Zwanges verwendet werden, sind sie rechtswidrig; die Schmerzgefühle können da nicht zur naturentsprechenden Reaktion führen. Darum war die Folterung beim Gewinnen von Zeugenaussagen nicht nur absurd, insofern sie das Bewußtsein verdunkelte, sondern auch unrechtmäßig, insofern sie den Zeugen der Freiheit beim Gewinnen der inneren Klarheit beraubte. Das Gefühl des Zwanges, der Angst, der Furcht verbinden sich mit Kränkungsgefühlen, wenn sie von anderen Menschen künstlich ausgelöst werden, also nicht durch den Naturlauf entstehen. Droht ein Mann einem Mädchen, sie zu erschießen, wenn sie ihn nicht heirate, so ist das nicht nur tatsächlich eine Verletzung der Freiheit des Mädchens, sondern müßte es auch mit sonderbaren Dingen zugehen, wenn sie die darin liegende Kränkung ihres Selbst im Zustande klarer Besinnung nicht erkennen würde. Die grausamen Angriffe mancher durch Zwang zur Ehe getriebenen Frauen auf ihre Männer erklären sich nur unter dieser Voraussetzung. Wesentlich anders ist der Fall gelagert, wenn der Mann drohte, sich selbst bei Verweigerung der Ehe zu erschießen. Hier mußte das Mädchen den schlimmen Effekt nicht verhindern; es konnte sich Gedanken darüber machen, ob ein Mann, der zu solchem Mittel greift, nicht geisteskrank sei. Auch war des Mädchens eigene Existenz nicht bedroht. Es konnte zudem auf Mittel sinnen, den Selbstmord unmöglich zu machen. Von Kränkung war höchstens insofern die Rede, als der Mann sich einen ungehörigen Eingriff in ihr Gefühlsleben erlaubte; aber wenn sie ihn als geisteskrank ansah, wird sie ihm verziehen, den Vorfall wie ein Naturereignis gewertet haben, wenn sie ihn für normal hielt, konnte sie sich durch innere Abwehr und durch äußeres Sichabwenden schützen.

Wie steht es mit der Rechtspsychologie des Rechts-terminus? Wir wollen einmal annehmen, daß es besondere Gefühle der Verpflichtung gegenüber Nebenmenschen gibt.

---

<sup>7)</sup> Franz Klein, a. a. O., erwidert den Vertretern der ontologischen und der kosmologischen Theorien für die Rechtsgeltung sehr richtig, ihre Erklärungen seien von zu allgemeiner Anwendbarkeit; Recht und Sittengesetz hätten im Bewußtsein andre Reaktionen zur Folge als z. B. kosmische, physikalische oder chemische Gesetzmäßigkeiten.

Wiederum unterscheiden wir das kognitive Element, die Erkenntnis, daß man dem andern verpflichtet ist, von dem emotionalen Reaktionsfaktor, dem eigentlichen Gefühl. Jetzt wird es uns aber schwerfallen anzugeben, ob letzteres ein Unlust- oder ein Lustgefühl ist. Vielfach mag mit dem Wissen vom Verpflichtetsein ein Unlustgefühl Hand in Hand gehen. Meist wird das begleitende Gefühl der Indifferenz nahekomen. Unruhe wird nur aus dem Bewußtsein hervorgehen, daß noch etwas zu erledigen ist; das ist aber die Unruhe, die sich mit dem Wissen um die Unabgeschlossenheit einer beabsichtigten Handlung verbindet. Unlust tritt deutlich ein, wenn man erkennt, nicht erfüllungsfähig zu sein, also wieder nur zufällig. Wenn man Verpflichtungen ungerne anerkennt, so ist entweder die Verpflichtung nicht recht eingesehen, wie z. B. seitens des politisch nicht geschulten, im Individualismus festsitzenden Steuerzahlers, oder die Verpflichtung ist nicht ganz freiwillig übernommen, z. B. wenn sie vom Vater auf den Sohn zwangsläufig mit den Gütern übergegangen ist, oder sie erweist sich als drückender wie vorausgesehen. Mit dem Sündenbewußtsein hat solches Schuldbewußtsein natürlich nichts zu tun. Wichtig ist bei all diesen Varietäten, daß der Rechtsgeber (Rechtsterminus) in der Regel kühler ist als der Rechtsträger. Gibt es nun nur freiwillig übernommene Verpflichtungen? Nur solche, die ausdrücklich von uns und vom Gesetze anerkannt sind? Wer möchte leugnen, daß zahlreiche latente Verpflichtungen existieren, die uns der Staat auferlegt, ohne daß wir sie kennen? Leugnen läßt sich aber auch nicht, daß zuzeiten sehr viele Verpflichtungen bestehen, die nicht staatlich geregelt sind und doch bei vernünftiger Betrachtung von uns anerkannt werden. Was dem Rechtsträger ein unter Umständen heftiges Gefühl sagt, das muß dem Verpflichteten meist die Vernunft sagen. Mögen Eltern noch so sehr aus Liebe, Neigung, nach Herkommen ihre Kinder ernähren und geistig erziehen, sie müssen, sobald sie sich darauf besinnen, deutlich erkennen, daß sie dazu auch verpflichtet sind. Wie sie diese Verpflichtung begründet denken, ob durch göttliche Auflage oder durch das Naturgesetz oder sonstwie, ist wiederum nebensächlich. Ebenso muß ich vernunftgemäß einsehen, daß ich dem Nebenmenschen als solchem verpflichtet bin, seine Existenzmöglichkeiten, seine Freiheit, seine Entwicklung nicht zu nehmen. Es sind recht abstrakte Begriffe, die in solche Erkenntnisse eingehen: Wahres Verpflichtungsbewußtsein kann daher, was die Erfahrung bestätigt, nur eine Sache sehr später Entfaltung sein. Ein Eingreifen des Staates, das Erlassen eines Gesetzes ist aber offenbar zur Gewinnung solcher Einsicht nicht notwendig. Der griechische Begriff der ungeschriebenen Gesetze hat das sehr schön ausgedrückt, wenn

auch der und jener manches mit hineingenommen haben mag, was nur in der Nähe, nicht schon innerhalb dieses Begriffes liegt. Wenn unsere Gesetzbücher auf die Gebiete kommen, die in Frage stehen, werden sie bei aller trockenen Form sachlich sehr gemütvoll; sie schätzen das werdende Menschentum, sie hegen das gewordene Menschentum, sie nehmen Rücksicht auf das Verhältnis der erwachsenen Kinder zu erwerbsunfähigen, unvernünftigen Eltern. Gerade in den Punkten, in denen die Gesetze „Rücksicht nehmen“, zeigt sich ihre naturrechtliche Grundlage und Voraussetzung. Es ist aber durch die Vernunft ferner einzusehen, daß, wer Verpflichtungen hat, auch das Recht haben muß, sie zu erfüllen, wobei selbstverständlich ist, daß rechtmäßige Verpflichtungen sittlich erlaubte sind. Sonach erweist sich die nur durch das Sittengesetz eingeschränkte Freiheit des Handelns auch von hier aus als notwendig, und ersehen wir, wie sehr Freiheit zu unserer geistigen Natur gehört.

Es ist bei näherem Vergleich bald einzusehen, daß die Vernunft zu genaueren und schärfer umrissenen Bestimmungen führt als das „Gefühl“, daß aber letzteres stärker und lauter spricht. Die Gebiete der Erkenntnisse sind aber die gleichen wie die beim Rechtsgefühl gefundenen: Existenz, Freiheit und Entwicklungsmöglichkeit. Vielleicht gehen unter den Rechtspsychologen diejenigen, die ein Gefühl zum Grunde des Rechtsbewußtseins machen, die Rechtsemotionisten, vom Rechtsträger aus, wobei man leicht den freilich doch auch da nicht zu leugnenden sozialen Bezug des Rechtsanspruchs übersieht, und haben diejenigen, die alles auf Vernunftkenntnis zurückführen, wesentlich den Rechtsterminus im Auge, wobei dann leicht der Umstand in den Hintergrund tritt, daß das persönliche Individuum, die von aller Jurisprudenz als Kern angesehene „Person“, der absolute Bezugspunkt des ganzen juristischen Koordinatensystems sein muß. Der Umstand, daß die Verpflichteten trotz des objektiven Bestehens der Verpflichtung oft nicht den guten Willen aufbringen, ihr zu genügen, führt zu Einrichtungen, welche die dem objektiven Recht entsprechenden äußeren Handlungen erzwingen; er ist eine der Hauptursachen zur Entstehung des positiven Rechts. Wenn, wie man neuerdings sagen hört, die Erzwingbarkeit kein wesentliches Merkmal des Rechtes sein soll, so dürfte sich diese Leugnung nur auf das vorstaatliche Recht beziehen. Welchen Sinn der Mangel einer Erzwingbarkeit des Rechts bei irgendeinem staatlich festgelegten Rechte haben könnte, ist nicht so einfach zu verstehen. Der Widerwille gegen die Aktualisierung von rechtlichen Pflichtfolgen, der Mangel an Einsicht und rechtlicher Vernunft muß aber sehr stark sein, wenn der Staat nicht nur die Verpflichtung in



Gesetzesform ausspricht, sondern auch ein Heer von Organen aufzubieten genötigt ist, um der Gesetzesabsicht zur Durchführung zu verhelfen. Die Psychologie des Rechtsterminus ist in Wirklichkeit demnach doch nicht so schlicht, wie es uns oben erschienen ist. Das fordert aber erst recht den Schluß heraus, daß das Recht als solches gar nicht so sehr von der Anerkennung der Menschen abhängig sein kann. Das Recht ist für die Individuen, aber nicht aus den Individuen.

Beim Rechtsterminus kommt noch die Rechtsgesinnung und der Rechtswille in Frage. Hätte jeder Mensch die wahre Rechtsgesinnung und den vollen Willen zur Rechtserfüllung, so bedürfte es, wie die alten Stoiker, trotz Platon wohl die ältesten folgerichtigen Feinde aller Gesetze und Gerichtshöfe, die ersten Anarchisten, bereits klar erkannten, keines Staates, keiner staatlichen Gesetzgebung. Die Rechtsgesinnung setzt aber nicht nur den guten Willen zum Vollzug der rechtlich gebotenen Leistungen, sondern vorher die Einsicht in die Natur des Rechts voraus. Es muß kaum betont werden, daß hier nicht die wissenschaftliche Einsicht gemeint ist, auch nicht die Einsicht in eine verwickelte Rechtslage. Wie sich natürliche oder instinktive, aus unserer Natur hervorbrechende Logik und künstliche oder reflektierte Logik unterscheiden, so auch natürliches und künstliches, aus reflexen Begriffen entwickeltes Rechtsbewußtsein. Auch der Rechtsträger muß, wenn er sich mit Recht<sup>8)</sup> beklagen soll, einen Grad von natürlichem Rechtsbewußtsein haben. Die Grade des natürlichen Rechtsbewußtseins können verschieden groß sein. Ein gewisses Maß ist jedoch zur vollkommenen „Rechtsfähigkeit“ erfordert, wenn man darunter die Fähigkeit versteht, sich mit Recht zu beklagen, mit Recht Einwendungen gegen die Auflage von Leistungen zu erheben. Das Kind im Mutterschoße, der Irrsinnige, der Imbezille ist nicht vollkommen rechtsfähig. Das Kind überhaupt nicht. Sie müssen durch Personen mit Rechtsbewußtsein vertreten werden, insofern sie trotz ihrer Unvernunft eben doch Träger potentieller Rechte sind.

Der Wille des Verpflichteten wird zur Angriffsfläche für die rechtliche Beeinflussung von außen, wenn er von sich aus dem objektiven Rechtsverhältnis nicht konform ist. Zwei Hauptmittel stehen zur Verfügung, um die adäquate Rechtsgesinnung herbeizuführen. Gewöhnlich denkt man nur an den Rechtszwang, der seiner Natur nach — der pädagogischen Drohung und Strafe ver-

<sup>8)</sup> Ich weiß wohl, daß ich hier wie sonst zuweilen das Wort „Recht“ nicht im juristischen Sinne verwende. Die Verwendung wird aber kaum schaden; im Gegenteil, sie weist auf einen wichtigen sachlichen Zusammenhang.

gleichbar — die Region der Unlustgefühle in Dienst nimmt, um die Vernunft zu beeinflussen oder um weitere Rechtsverletzungen des Verpflichteten zu verhüten. Woher hat aber die Gesellschaft das Recht, Unlust zu erregen? Sicher nicht durch bare Willkür, sicher nicht aus ihrer bloßen numerischen Quantität. Vielmehr hat sie es nur, weil vor ihrem Machtspruch und innerlich unabhängig von ihm ein absolutes Recht besteht, den Gegner des Rechts zu dem von der Natur der Dinge beabsichtigten Enderfolg zu zwingen (man wird das Bild nicht mißverstehen). Das andere Mittel ist die Überredung. Durch eine antike Unterscheidung, die an und für sich nicht ohne Wert ist, läßt man sich aber verführen, Überredung und Überzeugung scharf voneinander zu trennen. Die Überredung soll nur auf das Gefühl, die Überzeugung auf die Vernunft wirken. Mir scheint, das läßt sich nicht so streng voneinander scheiden. Die Überredung wendet sich doch auch einigermaßen an das Erkenntnisvermögen dessen, der beeinflußt werden soll. Wer einem andern schmeichelt, bringt ihm das Bewußtsein des Eigenwertes bei durch Erweise größter Anerkennung; dieses Bewußtsein ist ein Erkennen der von dem andern bezeugten Achtung und einer Wirkung der eigenen Leistung auf andere. Mehr noch wird die intuitive Vernunft in Anspruch genommen, wenn man sich beim Zureden an Ideale eines Menschen wendet. Auch die Ermahnung, die Warnung können ohne den Umweg über Erkenntnisse nicht auskommen. Appelliert man nun an das Rechtsgefühl, so kann der Fall nicht wesentlich anders liegen. Wenn man einen Wucherer durch Überredung von seinem Gebaren abbringen will, muß man zuvor seinen „Rechtssinn“ erwecken, d. h. die angeborene Fähigkeit der Rechtskenntnis. „Bon sens“ nennen die Franzosen das Rechtsgefühl und mancher deutsche Jurist mit ihnen. Sowohl „bon“ als „sens“ haben hier kognitive Bedeutung. Alles, was nicht so verfährt, also sich nicht an die Vernunft und die allgemeinen Vernunftprinzipien des Rechtes wendet, ist nicht Überredung, sondern Zwang. Es liegt auf der Hand, daß eine Rechtspflege, die auf den zuletzt angegebenen beiden Wegen ihr Ziel erreicht, höher steht und erfolgreicher ist als jene, die nur mit Zwang arbeitet. Und wiederum zeigt sich: Solche Rechtspflege arbeitet mit der Voraussetzung eines in der Brust jedes Menschen schlummernden Vermögens, das Recht an sich (natürlich nicht im platonischen Sinne) anzuerkennen.

Die Psychologie des Richters bildet ein reizvolles Kapitel der Frage. Nicht wegen der juristischen Technik, die er beherrschen muß, nicht wegen der logischen Schlußform, die er anwendet, sondern wegen der ihm von vielen Autoren, ja selbst von modernen Gesetzgebungen angesonnenen Zuhilfenahme des Rechtsgefühls in

verzweifelten Fällen des ihm zugeschobenen freien oder billigen Ermessens. Das „Rechtsgefühl“ des Richters halte ich für eines der wissenschaftlichen Mythologeme. Was man nicht unterbringen kann, das sieht man als Gefühle an. Besser wäre „Rechtstakt“. Aber was ist Takt? Darauf geben verschiedene Psychologen, wenn sie überhaupt erläutern, verschiedene Auskunft. „Takt ist natürliche Empfindung.“ Was ist aber das? „Takt ist gesunder Menschenverstand.“ Was ist denn der? Jedenfalls empfiehlt es sich heute, den Terminus „Rechtsgefühl“, der kein Terminus, d. h. Begriffswort sein kann (dafür ist er zu unbestimmt), mit tapferer Entschlossenheit auszumerzen. Das „Sprachgefühl“, das freilich ebenfalls an die Ausmietung glauben muß, gibt aber wenigstens einen Fingerzeig. Da zwar die Sprachfähigkeit, die Sprechneigung und das Lautmaterial, nicht aber die besondere Sprache angeboren sind, kann es kein angeborenes Sprachgefühl geben. Vielmehr muß das gute Sprachgefühl eine durch viele Übung des Sprachrichtigen erworbene Fertigkeit sein, das Sprachfalsche ohne logische Operation als falsch zu erkennen, ohne viel Mühe sprachliche Neubildungen sprachrichtig zu schaffen. Wer gutes Sprachgefühl hat, verwirft die Wendung „zu Unrecht“, weil sie falsch nach dem guten „zu Recht“ gemacht ist; er verwirft „Heimkehrer“, „diesbezüglich“ und die immer zahlreicher werdenden Mißbildungen unseres heutigen Deutsch. Übung im Richtigen, die Wirksamkeit guter Modelle oder Schemata ist für den Sprachtakt sehr von Belang. Gute Gewohnheit macht Fertigkeit. So ist's auch beim Richter. Er muß viel Übung im richtigen Urteilen haben und davon psychologische Schemata von verschiedener Abstraktheit besitzen. Er muß richterlich denken können. Das ist ein ziemlich anderes juristisches Denken als das vom juristischen Theoretiker zu fordernde. Im allgemeinen wird sich der Richter nach dem Gesetze richten und schlußbildend den allgemeinen Satz zum besonderen wohlanalyisierten Falle suchen. Aber was macht er, wenn kein allgemeiner Satz zu finden ist? Ein aus den bestehenden Gesetzen entwickeltes Rechtsgefühl im eben bezeichneten Sinne kann er diesmal nicht haben. Es muß ihm überlassen bleiben, die „Lücke“ im Gesetz auszufüllen oder den Fall bis zum Reichsgericht zu treiben oder zu warten, bis es ihm gelungen ist, die gesetzgebenden Faktoren zur Ausfüllung der Lücke zu bestimmen. Entweder greift er selbst also auf den Urborn der Rechtsschöpfung zurück, wobei er immerhin Analogien aus dem bestehenden Recht anziehen kann, oder das Reichsgericht schöpft Recht oder die Gesetzgeber tun es. Um aus Schwierigkeiten herauszukommen, die aus dem Widerspruch des „natürlichen Rechtsgefühls“ und der strikten Anwendung der Gesetze entspringen, bedienen sich die

Richter zuweilen eigenartiger Mittel. Ein Mündel hatte dem Vormund, bei dem er wohnte, aus dessen verschlossenem Geldschrank eine ganz geringfügige Summe gestohlen und dazu den zufälligerweise passenden Schlüssel eines im Zimmer befindlichen Kleiderschranks benutzt. Die Merkmale des schweren Diebstahls waren gegeben, aber Richter wie Referendare hatten das bestimmte Gefühl, daß die logisch-notwendige Strafe zu hart sei, d. h. dem wirklichen Delikt nicht proportional sei. Große Verzweiflung entstand, bis sich während der Verhandlung unerwarteter Weise herausstellte, daß der Vormund einmal selbst den Kleiderschrankschlüssel zum Öffnen des Geldschanks benutzt hatte, was aber der Junge nicht wußte. Jetzt konstruierte man: Der Junge hatte einen rechtmäßigen Schlüssel zum Öffnen des Geldschanks benutzt und verhalf so dem guten „Rechtsgefühl“, das klar sagte, daß ein subjektiv immerhin nicht ungeheuerliches Delikt nicht mit großer Strafe belegt werden soll, zur Auswirkung. Es ist aber fraglich, ob das ein juristisch befriedigender Ausweg ist. Und wenn jene Einzelheit nicht vorkam? Sollte man die höchsten Instanzen wegen eines so vereinzelt dastehenden Falles bemühen? Soll man die heilsame Grenze zwischen leichtem und schwerem Diebstahl aufheben? Kann man für Ausnahmefälle dem gesunden Sinn der Richter vertrauen? Und wie steht es mit der Rechtlichkeit von Urteilen früherer Richter, die ihr freies Ausmessen der gesamten persönlichen Umstände walten ließen, ohne durch Gesetze berechtigt zu sein? Wie steht es mit dem Verfahren englischer Richter? Wer hat in Konflikten sachlich recht, die logische Konsequenz aus dem Gesetz, die etwas dem Falle Inadäquates anordnet, oder der gesunde Sinn, der die Kirche beim Dorf läßt? Jene Konfliktsvorgänge in der Seele des Richters sind wichtige Themata einer Rechtspsychologie, insofern sie, sooft sie in der hier gemeinten Form vorkommen, beweisen, daß das psychische Wirken des positiven Gesetzes auf die Seele des Richters etwas wesentlich anderes sein kann als das unmittelbar lebendige Erfassen einer Sachlage im Lichte der allgemeinen Rechtsideen. Franz Klein sagt, der heutige Richter sei nicht mehr ein Mechanismus für angewandte Logik. Wenn er sich nur nach dem positiven Gesetze richten will, muß er es dennoch sein<sup>9)</sup>.

Eine andere Seite an der Sache läßt sich folgendermaßen zur Frage verdichten: Hat der Richter das zwingende Bewußtsein, daß

<sup>9)</sup> Der von Klein auch erwähnte Zeuge, der nicht mehr bloß „sprechende Urkunde“ sein soll, bleibe hier beiseite. Bei diesem ist das Vorwalten der Rechtsidee sekundär, und zwar gelangt sie in ihm mehr bei der Bereitwilligkeit zum Ablegen des Zeugnisses als beim Bestreben, die Wahrheit zu erkennen, zur Funktion.



in gewissen Fällen gestraft werden muß, nur deshalb, weil das Gesetz es befiehlt, oder wesentlicher deshalb, weil er unmittelbar einsieht, daß Vergehen überhaupt zu strafen sind? Fingieren wir einmal einen Richter, der alle Strafurteile nur ausspricht, weil's von seinem Auftraggeber, dem Staat, so verlangt wird, der aber entweder von der Notwendigkeit der Strafe nicht überzeugt ist oder sie ganz verwirft! Wäre das ein Richter, wie er sein soll nach der Rechtsidee? Beim richtigen Richter verschmelzen eigenes, frei geschöpftes Bewußtsein, daß Recht geschehen müsse, und das Bewußtsein, daß das Gesetz Strafe verlange. Ein richtiger Richter muß überzeugt sein, daß der Staat mit Recht das Strafgesetz aufgestellt habe, er muß innerlich das Gesetz approbieren seiner Grundtendenz nach, mag er auch über das vorgeschriebene Strafausmaß etwas anderer Meinung sein. Daß bei dem Richter das Naturrechtliche weniger in die Erscheinung tritt, ist nach seiner ganzen Berufsstellung sehr erklärlich.

Die Psychologie des Rechtsanwalts (um den Staatsanwalt zu übergehen) ist eine von Haus aus andere als die des Richters. Sein ganzes Amt macht aus ihm eine Art von Ergänzung des positiven Gesetzes, sobald er als Verteidiger auftritt. Gewiß dient er der Gerechtigkeit auch insofern, als es naturrechtlich nahe liegt, daß jede Sachlage von mehreren Seiten beleuchtet wird, kraft der überall zu machenden Erfahrung, daß vier Augen besser sehen als zwei. Aber sein ganzes Herz hat der Verteidiger erst gefunden, wenn er der Billigkeit zum Siege verhelfen kann. Das natürliche Rechtsbewußtsein ist seine wahre Sphäre; diesem dient alle Eleganz seiner Technik in der Anwendung der Gesetze. Auf eine wesentliche Seite der Sache hat mich ein Rechtsanwalt aufmerksam gemacht: Der Rechtsanwalt kann dem Rechtsuchenden meist den Sinn der Termini der Rechtsbücher nicht klar machen. Aber mit Hilfe naturrechtlicher Begriffe gelingt es leicht, den Klienten in die rechtliche Erkenntnis der Sache einzuführen. Als Ankläger wird der Rechtsanwalt, der dem Ideale des Rechtsanwaltes entspricht, im Grunde auch naturrechtlich denken: Dem Manne ist Unrecht geschehen, also muß ihm das Gericht (der Staat, die Gesellschaft) helfen. Ein positiv rechtlicher Gedankengang greift bei ihm dann ein, wenn er den Paragraphen sucht, auf den er die Anklage stützen soll; der Hintergrund seines Denkens ist hier der: Es muß auf Grund des Naturrechtes für Wiedergutmachen des Unrechts gesorgt sein. Ist wirklich gesorgt? Die Frage: Wo ist wirklich gesorgt? betritt dann das Gebiet des positivrechtlichen Denkens. So wenig der Mathematiker, wenn er trigonometrische Sätze beweist, tatsächlich alle früher aufgestellten

Prämissen und gezogenen Schlüsse wiederholt, so wenig wiederholt der Rechtsanwalt die vielleicht nur in seiner Jugend distinkt vollzogenen naturrechtlichen Gedanken. Je weiter die Übung im juristischen Denken fortgeschritten ist, um so mehr werden die letzten Prämissen alles juristischen Denkens latent. Die moderne Schlußpsychologie hat uns unzweifelhaft gemacht, daß die Meinung, als gingen die Schlüsse anfänglich oder gar immer nach dem bekannten Schulschema:  $a = b$ ,  $b = c$ , also  $a = c$  vor sich, vollkommen irrig ist. Nicht einmal die Prämissen laufen immer distinkt ab, d. h. so, daß Subjekt, Prädikat, Beziehung zwischen Subjekt und Prädikat für sich ins Bewußtsein treten. Die mannigfaltigsten Fälle können vorkommen. Das naturrechtliche Denken kann demnach in solchen Fällen ganz aus dem Spiel bleiben. Das bedeutet aber nicht, daß es überhaupt bei positivrechtlichen Gedankengängen nie etwas zu sagen hatte und keine Grundlage der positivrechtlichen sei. Auch sachlich zugrunde liegende positivrechtliche Gedankenfolgen fallen nach einigem Festwerden des psychischen Verlaufsmechanismus aus, so, wenn der Anwalt sich gar nicht mehr fragt, ob ein Paragraph da ist, wo er ist und dergl., sondern das „Selbstverständliche“ überspringend sich sofort darauf besinnt, welches einzelne Gericht zuständig ist. Als Rechtsberater wird der Anwalt in der Regel nicht in die Lage kommen, auf die letzten Fundamente zurückzugehen; er wird ja wohl öfter wegen rein positivrechtlicher oder gar nur um äußerlich-technischer Dinge willen gefragt.

Der Gesetzgeber muß erst recht dem Naturrecht Raum geben, insofern das Schaffen des Rechtes doch nicht nur auf barer, auch nicht nur auf äußerlich-technischer Willkür beruhen kann, sondern die allgemeinen Rechtssachverhalte als wesentlich berücksichtigen muß. Das psychologisch Neue, z. B. die Aktivität beim Erkennen dessen, was Rechtes sein muß, und beim Gestalten der Rechtssätze, interessiert uns weniger als den Psychologen. Nur auf die Natur seiner Rechtsgesinnung und auf den Begriff der mildernden Umstände sei noch der Finger gelegt. Dann, wenn der Gesetzgeber vom Rechtsterminus eine Rechtsgesinnung verlangt, muß er selbst eine Rechtsgesinnung haben. Er muß sie in besonderem Maße haben, wenn er glaubt, die gewollte Wirkung nur durch Zwang erreichen zu können. Worin besteht aber seine Rechtsgesinnung? Offenbar nicht in einem brüderlichen Wohlwollen für alle seine Volksgenossen und sonstigen Mitmenschen — freilich soll dieses zur Rechtsgesinnung hinzukommen —, sondern in dem Willen, gutes Recht festzulegen, weil er überzeugt ist, daß Recht Recht sein müsse in der Welt. Wie die positive Rechts-

entwicklung überall so beginnt, daß bestehendes Gewohnheitsrecht niedergeschrieben wird, so kodifiziert gleichsam der Gesetzgeber das, was er objektiv als Recht erkennt. Ganz bare Willkür ist psychologisch überhaupt unmöglich, weil der Wille nie handeln kann, ohne sich vom Erkennen die Sachverhältnisse vor Augen halten zu lassen; das Extrem muß phantastische Willkür heißen. Die Phantastik des Erkennens entsteht ihreseits auf Anregung irregehender Triebe. Die Rechtsgesinnung des Gesetzgebers muß sonach auf die gesunde Natur der menschlichen Triebe achten. Die gesunde Natur der Triebe geht aber auf das hinaus, was der Natur des Willens konform ist, auf das Gute. Dabei ist der Wille das Umfassendere, Wertvollere und Übergeordnete. Die Triebe sollen dem guten Willen dienen, nicht umgekehrt. Der Gesetzgeber muß dafür sorgen, daß die „Rechtsgefühle“ aller Menschen im Volke geläutert werden, ohne verkümmert oder unterdrückt zu werden, daß sie vollständig, auch nach ihrer positiven Seite herauskommen, daß sie von der Vernunft durchleuchtet und verklärt werden. So tut er das Seinige zur Harmonisierung der Menschenseele. Die Rechtsgesinnung des Gesetzgebers wendet sich dabei an den freien Willen des Menschen. Nicht ein naturgesetzliches „Du mußt“ spricht der Gesetzgeber gegenüber dem Volke aus, das wäre ein absurdes: „Tue, was du tust!“ Vielmehr ein ethisches „Du sollst!“ „Tue, was Recht ist; laß, was Unrecht ist!“ Nicht ein Zwang, wie ihn der Tierbändiger auf seine Objekte ausübt, ist der juristische Zwang, sondern eine durch rechtmäßige und menschenwürdige Gewalt herbeizuführende Beeinflussung der Menschen im Hinblick auf eine objektive Rechtsordnung, die allen im wesentlichen gleichmäßig zugute kommen soll. Daß das innere Verhalten des Rechtstheoretikers nach dieser Seite hin kein anderes sein kann, leuchtet ohne weiteres ein. Die Frage, wie sich ausgleichende und austeilende Gerechtigkeit zueinander verhalten, ist für uns hier nicht von Belang; ich meine übrigens, es müßte sich nachweisen lassen, daß diese auf den Grundgedanken jener zurückgeht. Was diesmal hervorgehoben sein soll, ist dieses: Es ist zu wenig, wenn man sagt, die Ethik habe bloße Wünsche an die Gesetzgebung und Gesetzmumformung. Ansprüche müssen gemacht werden. Der Gesetzgeber muß, um den Zwang zu rechtfertigen, überzeugt sein, daß vor seiner Arbeit eine feste Rechtsordnung zwischen den Menschen und eine Notwendigkeit ihrer Durchführung besteht. Ein Gesetzgeber, der sich nicht von der Idee der Gerechtigkeit leiten läßt, kann nicht wissen, ob seine mit tausendfacher Mühe hergestellte Form auch wirklichen Inhalt hat, ob er nicht mit aller Bravour neben das Ziel trifft. Der subjektiven Rechts-

gesinnung des Gesetzgebers entspricht folglich objektiv eine vorausgehende objektive Rechtsordnung; nur unter dieser Voraussetzung ist Todesstrafe etwas wesentlich Besseres als Tötung eines unschuldigen Menschen, der gegenüber einer Mehrzahl nicht aufkommen kann. Nur unter dieser Voraussetzung kann dem Einzelnen Notwehr gesetzlich erlaubt sein.

Der Begriff der mildernden Gründe, die der Gesetzgeber dem Beklagten zubilligt, entfließt geradezu dem sachlich berechtigten Hintergedanken, daß unter Umständen das Gesetz formell dem wirklichen Rechte des Beklagten nicht adäquat ist. Man sagt sich, das Individuum handelt stets unter individuellen Umständen; diese alterieren aber den inneren Charakter einer Handlung, während deren äußerer gleichbleiben kann. Nicht der äußere Vorgang kann sinnvoller Weise bestraft werden, sondern nur die innere Willenshandlung, die den Wesenskern der dem Juristen allein faßbaren äußeren Willenshandlung bildet. Tötung bleibt äußerlich Tötung. Aber wer etwa, durch eine Traumvorstellung veranlaßt, eine Handbewegung ausgeführt und dadurch den Tod eines andern infolge zufälliger Umstände herbeigeführt hätte (am Bett möge etwa einer gerade an einem vergifteten Pfeil herumprobiert haben), der würde nicht einmal wegen fahrlässiger Tötung verurteilt werden dürfen. Es fehlte schon von ferne jede Möglichkeit der Absicht, die objektive Rechtsordnung zu verletzen. An diesem Grenzfall läßt sich als an einer Analogie die Natur der mildernden Umstände handgreiflich studieren: Es handelt sich bei der rechtmäßigen Bestrafung immer um das Wesen des Willens. Wo dem latenten Willen die Möglichkeit genommen ist, sich zu äußern, kann überhaupt nicht gestraft werden. Wo er sich nicht ungehemmt entfalten kann, wo ihn unklares, undeutliches Bewußtsein, in welcher Form es auch entstehen mag, hemmt, ist der Mensch nicht voll zurechnungsfähig, der Wille nicht voll verantwortlich. Der innere Zusammenhang zwischen Ethik und Recht kann angesichts dieser Dinge doch nicht geleugnet werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der wahre Gesetzgeber die Absicht verfolgen muß, den Gesetzen jede Beimischung individueller und parteipolitischer Determinationen fernzuhalten. Die sachliche Notwendigkeit hat hier eine besondere Form der psychischen Einstellung zur Folge: Wenn Recht im Staate allen Alles sein soll, so können keine Unterschiede geduldet werden. Der Abfluß der Vorgänge in der Seele des Gesetzgebers wird demnach ein stärkeres Hervortreten bald der Absicht auf gute Formulierung, bald der Absicht auf sachgemäße Erfassung der Beziehungen von Mensch zu Mensch, bald der Absicht auf Schaffung eines gleichen Rechtes für



alle aufweisen. Die zur Reproduktion geeigneter Wortvorstellungen oder zur Erfindung neuer Fachausdrücke führenden Prozesse sind dabei durchaus dienende Glieder und haben rein technischen Charakter, die Erkenntnisprozesse, die der Erfassung der Realverhältnisse zwischen Mensch und Mensch (z. B. zwischen Eltern und Kindern, zwischen Gläubiger und Schuldner, zwischen Mitbesitzern eines und desselben Grundes und Bodens) gelten, sind von dem Bestreben, nach rechtlicher Gestaltung geleitet, letzte Voraussetzungen sind immer naturrechtliche Überzeugungen.

Endlich noch ein Kurzes über die Psychologie des „Unbeteiligten“. Unbeteiligt heiße hier jeder, der nicht als Gekränkter, Schuldiger, Richter, Anwalt oder Gesetzgeber zu einem Rechtsfall in näherer Beziehung steht. Im Grunde ist innerhalb eines Volkes jeder beteiligt und die Schwurgerichte sind eigentlich nur eine Abschlagszahlung ans öffentliche Interesse, die allerdings aus technischen Gründen nicht sehr groß sein kann. Am Unbeteiligten ist, wenn sich seine allgemeine Rechtsauffassung und Rechtsgesinnung nicht nur im Rechtsspruchwort und in Verdikten, sondern auch im Gefühl kundgibt, die Rechtsentrüstung und Rechtsempörung zu beobachten. Sie ist sympathischen Charakters; mimetische Elemente sind in ihr enthalten, man könnte von „Einfühlung“ sprechen. Der Unbeteiligte „identifiziert“ sich bis zu einem gewissen Grade mit dem Benachteiligten. Die Affektstärke ist deutlich. Wie sehr auch die den Affekt erzwingende Auffassung des einzelnen Rechtsfalles von der Wahrheit entfernt sein mag: in einem irrt das „Gefühl“ nicht, in der Überzeugung, daß Unrecht entschieden zu verwerfen ist. Es ist nicht auffallend, daß der Affekt des Unbeteiligten mächtiger sein kann als der des Gekränkten. In diesem schwächen oft Erschrecken, Furcht, Übermaß der Verblüffung und der schmerzlichen Erschütterung den Rechtsaffekt. Ungerechte Behandlung Unschuldiger, auch übermäßige Bestrafung Halbschuldiger, ungleichmäßige Bestrafung verschiedener Menschen bei Gleichheit der inneren und äußeren Beschaffenheit des Delikts, Vorenthaltens des gerechten Lohnes sind häufiger vorkommende Fälle, die zur Empörung Anlaß geben. Wiederum exponiert sich eine Rechtsgesinnung. Wiederum stellt sich der Trieb in den Dienst der Offenbarung und Auswirkung einer Rechtsordnung, die verlangt, daß jedem das Seine gegeben werde. Ist es nun verwegen, etwas wie einen besondern Rechtstrieb anzunehmen? Wie es einen angeborenen Wissenstrieb gibt, der bei vielen Erwachsenen noch die kindliche Form der Neugier beibehält, so gibt es einen angeborenen Gerechtigkeitstrieb. Er ist wohl eine Modifikation des Triebes zum Guten, der seinerseits nur ein Vorläufer und Wegbereiter des guten

Willens ist. Wie dieser an das richtige Urteil der Vernunft, so ist der gute Trieb an unmittelbare Intuitionen gebunden.

Es konnte meine Aufgabe nicht sein, eine Elementarpsychologie des Rechtsbewußtseins zu liefern. Aber auch die für den Juristen viel förderlichere Komplexpsychologie des gleichen Gebietes konnte nur in programmatischen Versuchen aufgerollt werden; sowohl der Mangel ausreichender Untersuchungen empirischer Art, etwa mit Hilfe der Fragebogenmethode, als auch unsere Absicht, das Verhältnis gewisser psychischer Phänomene zu einem realen Logos dieser Phänomene aufhellen zu helfen, hinderten uns. Auch auf Philosophen und Psychologen, die vor uns den Bereich unserer Fragen streiften, können wir hier nicht so hinweisen, daß wir auch nur den Anfang einer historischen Einleitung des Problems und einer Stützung des Gesagten durch diese oder jene Autorität machten. Ich bin zu meiner Auffassung selbständig gekommen, einmal durch die seit Jahrzehnten verfochtene Überzeugung, daß der Ausdruck „Gefühl“ trotz aller Säuberungsarbeit der Psychologen Wundt und Th. Lipps in weiten Kreisen immer noch die Grenzen eines psychologischen Terminus fortwährend überschreitet, wovon übrigens die oben genannten Psychologen selbst noch Proben ablegen; sodann durch die Frage nach der letzten Quelle unserer Rechtserkenntnis; weiter durch die bei mir zuerst von Th. Lipps angeregte Frage, ob unsere altruistischen Gefühle eine eigene psychische Wurzel haben, und durch die Unterscheidung, die bereits die antiken Kyrenaiker zwischen idiopathischen und allopathischen Gefühlen trafen; endlich durch den Versuch, das Aufkommen des stoischen Begriffs der „Synteresis“ und die lange Fortdauer dieses Begriffs, der den Namen „Synderesis“ annahm, mir verständlich zu machen. Mir scheint, die Stoiker setzten neben dem physiologischen Erhaltungstrieb einen rein sittlichen Erhaltungstrieb an, der die Aufgabe habe, die Natur unserer Geistigkeit zu wahren. Durch einen Schüler (Hebing) konnte ich nachweisen lassen, daß die Römer (Cicero, Seneka) mit ihrem Ausdruck *conservatio sui* diesen Begriff übernahmen und daß ein Zusammenhang mit dem des Gewissens (*conscientia*) besteht. Die Stoiker waren psychologisch wie erkenntnistheoretisch Sensualisten und mußten demnach das sittliche Bewußtsein, das sie als Ethiker so überaus hochstellten, mit besonderer Vorsicht aus sinnlichen Daten ableiten; sie verfielen auf eine Analogie zum physiologischen, auch bei Pflanzen und Tieren erkennbaren Erhaltungstrieb. Damit war immerhin eine besondere Form von Erkenntnis erschlossen, die freilich dem Oberbegriff der sinnlichen Erkenntnis untergeordnet war; jedoch war eben damit auch der Begriff der sinnlichen Erkenntnis ungebührlich erweitert,

da, wie gesagt, ein Sinnesorgan für derartige Erkenntnisse nicht vorliegt.

Von den Neueren konnte David Hume mit seinem Anhänger Adam Smith die meiste Anregung gewähren. In seinem Essay „A dissertation on the passions“ (Green-Große IV, 139 ff.) spricht Hume einmal den Gedanken aus: In running, over all the causes, which produce the passion of pride or that of humility, it would readily occur, that the same circumstance, if transferred from ourselves to another person, would render him the object of love or hatred, esteem or contempt (Section III 1). Sometimes a relation to ourselves excites affection towards any person . . . any person, who is related to us or connected with us, by blood, by similitude of fortune, of adventures, profession or country, soon becomes an agreeable companion to us; because we enter easily and familiarly into his sentiments and conceptions: Nothing is strange or new to us etc. (ebd. 2). Wie hier bei der Analyse von Stolz und „Niedergedrücktsein“ (so Frau Jürgen Bona Meyer; „Niedergeschlagenes Wesen“, Jakob), die als einfache und einförmige Impressionen indefinibel und nur durch Aufzählung der sie begleitenden Umstände zu beschreiben seien, die Übertragung gewisser Gefühle vom Ich auf andere Personen auf Grund gewisser Assoziationen angenommen wird, so muß man einmal versuchen, alle, auch die gesellschaftlichen (allopathischen) Gefühle aus dem Übergang von Selbstwertgefühlen auf Wahrnehmungen und Vorstellungen von andern Personen zu erklären. Hume entschlüpft einmal im Treatise (II 1, 11, S. 49, Lipps) das Wort: „Eindruck von unserem Ich“, der uns beständig aufs unmittelbarste gegenwärtig ist, obwohl er sonst das Ich als eine Folge von Vorstellungen, als Produkt der Assoziation von Vorstellungen betrachtet. Über das „Ich“ ist sich Hume, wie er im Anhang zum ersten Teil offen zugibt, nicht klar geworden. Aber wo er Stolz und Niedergeschlagenheit näher bezeichnet (Treatise II 1, 1 usw. Dissertation on the passions a. a. O. Lect. II 1), gebraucht er das Wort „Selbst“: Objekt von Stolz und Niedergeschlagenheit ist unser Selbst oder die [mit sich] identische Person; dagegen ist das Objekt der Liebe und des Hasses eine andere Person (Treatise II 2, 1 ff.). Diesen Gegensatz durchbricht bei Hume die Liebe zu den Verwandten; sie wird durch die persönliche Zusammengehörigkeit mit uns verständlich gemacht (II 2, 4). Die Rechtsnormen läßt er in Selbstliebe entspringen und meint, es müßten, da die Selbstliebe des einen der des andern entgegensteht, die verschiedenen Affekte der Interessenten sich so ausgleichen, daß sie in ein System des Verhaltens und der Lebensführung sich zusammenschließen können

(Treat. II, 2, 6, S. 278 Lipps). Man sieht, Hume springt etwas rasch vom Psychologischen ins Metaphysische über und versucht nicht einmal eine eigentliche psychologische Ableitung. So macht er von seinem guten Gedanken, den wir zuerst anführten, keinen Gebrauch; nur da und dort schimmert dieser durch. Schärfer sieht Adam Smith, Humes Schüler. Hatte Hume gelehrt, daß wir zunächst andere Menschen aus den sympathischen Gefühlen heraus beurteilen und daß Billigung und Mißbilligung in den sympathischen Gefühlen wurzeln, daß demnach wir uns selbst danach beurteilen, ob unsere eigenen Handlungen geeignet sind, anderen zu helfen oder zu schaden, so drückt sich Smith wesentlich klarer aus: Der unparteiische Zuschauer könne entweder, wenn er die Motive des andern in sich nachbilde, dessen Verhalten billigen oder nicht; jenes Verhalten gelte dann als gut, dieses als fehlerhaft. Indem wir also an anderen Menschen Handlungen beobachten und die fremden Handlungen auf uns beziehen, billigen oder mißbilligen wir sie. So setzt er doch das Ich in den Mittelpunkt solcher Gefühle. Die Gerechtigkeit hat nach ihm ihren Ursprung im natürlichen Vergeltungstriebe. Das ist aber immer noch zu allgemein und unbestimmt. Eine genauere Aufsuchung der realen psychischen Tatbestände war erforderlich. Erst jetzt, glaube ich, kann man an eine Deskription der psychischen Grundlagen alles rechtlichen Verhaltens gehen.

Eine Seite dessen, was wir hier aufzuhellen beabsichtigten, hatte, freilich ohne uns irgendwie zu beeinflussen, schon Eduard von Hartmann so gekennzeichnet (Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins, 1879, 504 f. Das sittliche Bewußtsein, 1911, 407): Der Sinn der Bemühungen um ein Naturrecht ist nur der, zu zeigen, daß erstens die Rechtsbildung kein zufälliger, sondern ein notwendiger, in einem Naturtrieb des Menschen wurzelnder Prozeß ist, und daß zweitens die historische Rechtsbildung niemals abschließen kann und eines Leitsterns für ihre Fortentwicklung bedarf. Beides ist richtig. Der Mensch als vernünftiges Gesellschaftswesen, hat in sich von Natur einen Trieb zur Rechtsbildung, d. h. zur Schöpfung einer positiven Rechtsordnung; aber dieser Trieb wirkt (wie die meisten Naturtriebe) wesentlich unbewußt, und in um so höherem Grade, auf je früheren Stufen man sein Wirken betrachtet, kann also in keiner Weise die Fiktion eines Naturrechts unterstützen. Die Fortbildung des Rechtes bedarf eines idealen Leitsterns, aber dieser kann nicht in einem erdichteten Naturrecht gesucht werden, das von allen konkreten Grundlagen einer geschichtlich und ethnologisch gegebenen Basis abstrahiert, sondern nur in einer höheren Gestalt der praktischen Vernunft, als derjenigen, welche durch das Prinzip des Rechtes und der Ge-



rechtigkeit dargestellt wird. Auf den Mangel einer wirklichen „Phänomenologie“ des Rechtsbewußtseins<sup>10)</sup> bei von Hartmann, der doch etwa 50 Seiten auf die Moralprinzipien der Rechtlichkeit, Gerechtigkeit und Billigkeit verwendet, sei hier kein Gewicht gelegt. Sicher aber macht er sich, von seiner Philosophie des Unbewußten mißleitet, die Sache viel zu leicht, wenn er schlankweg behauptet, der Trieb zur Rechtsbildung wirke wesentlich unbewußt. Gewiß ist jeder Trieb als Potenz etwas Nichtbewußtes, aber er könnte nichts mit dem Bewußtsein zu tun haben, wenn er wesentlich unbewußt wäre. Triebe sind von Haus aus darauf angelegt, sich in bewußten Akten oder Bewußtseinsinhalten zu äußern, ähnlich wie eine Leidenschaft in einem bewußten Affekt sich entlädt. Das Kränkungsgefühl ist wie alle Gefühle ein bewußter Anzeiger des verletzten Rechtstribs; das daraus entspringende innerliche Abwehren oder Verwerfen des Unrechts ist der entsprechende Triebakt, der wie die Rache zeigt, zu leiblichen Bewegungen führen kann. Die Psychogenese des „idealen“ Leitsterns, der zur Fortbildung des Rechtes führt<sup>11)</sup>, hat sich v. Hartmann ebenfalls nichts kosten lassen. Hätte er näher zugesehen, so würde er gefunden haben, daß derselbe „Naturtrieb“ der Keim dazu oder der Kristallisationskern ist; „Ideale“ haben anfänglich triebmäßigen, später erst vernünftigen Charakter. Wenn ich als Metaphysiker sehe, daß ein Trieb zweckmäßig funktioniert, also gleichsam Vernunft hat, so darf ich ihn deswegen doch noch nicht psychologisch „Vernunfttrieb“ nennen.

Das genüge zur historischen Charakteristik der Problemlage. Als Ergebnisse, die einer weiteren philosophischen und juristischen Diskussion hiermit in aller Bescheidenheit des juristischen Laien vorgelegt werden, seien aus unseren Überlegungen ausgezogen:

1. Alle am positiven Recht Beteiligten (hierzu wird jetzt auch unser Unbeteiligter gerechnet) haben die Überzeugung einer von der Rechtssetzung unabhängigen Rechtsordnung.

2. Die Form der psychischen Prozesse ist eine andere, je nach der verschiedenen Stellung des einzelnen Rechtsbeteiligten zum Rechtsfalle. Aber die objektiven Voraussetzungen bleiben im Wesen

<sup>10)</sup> Die kargen Ansätze dazu (z. B. S. 503=401), wo der Rechtssinn als Gesinnung Ausfluß des Vernunfttriebs genannt wird und es von ihm heißt, er sei gestützt auf das Bewußtsein der Anerkennung der nämlichen durch Satzung definierten Ordnung von seiten aller übrigen, bedeuten nicht viel. Mehr von Phänomenen gibt schon der Abschnitt über das Moralprinzip des Gegengefühls (196 ff. = 168 ff), doch fällt auch hier das Phänomenale mehr in die Senkungen als auf die Hebungen.

<sup>11)</sup> Die Notwendigkeit, daß die historische Rechtsbildung niemals abschließt, hat v. Hartmann a. a. O. keineswegs einleuchtend gemacht.

dieselben; sie haben nahen Bezug zum positiven Rechte, sind also von Natur „rechtlich“.

3. Der Inhalt des positiven Rechtes setzt ein vorhergehendes reales Recht voraus, dessen Wesen auf Erhaltung, Freiheit und geistige Vervollkommnung aller Einzelmenschen ausgeht. Der Schluß, daß kein „Naturrecht“ über die Grenzen dieser drei allgemeinen Teilgebiete hinausgehen könne, liegt nahe.

Ein Versuch, alle positiven Rechtsgebote daher material abzuleiten, muß dann natürlich gemacht werden, und ebenso ist zu zeigen, wie auf Grund dieser Voraussetzungen Grenzüberschreitungen bei Grotius, Rousseau oder andern abzuweisen sind; damit läßt sich eine Psychologie der verkehrten Naturrechtssätze verbinden, wobei falsche Analogien, Begriffsvertauschungen als Erklärungen wahrscheinlich sind.

---

## Nachtrag.

Erst nach Absenden des vorstehenden Aufsatzes an die Schriftleitung wurde mir (durch die Güte des Herrn Koll. Holstein) das Buch von Erwin Riezler, „Das Rechtsgefühl“ (München 1921) bekannt. Diese Schrift, die wegen ihrer Umsicht, wegen ihrer (freilich entsprechend den Andeutungen meines Aufsatzes zu ergänzenden) höchst förderlichen geschichtlichen Aufweise und wegen mancher trefflichen Analyse für längere Zeit die Grundlage der Erörterung wird bilden müssen, ist mir ein Beweis dafür, daß meine Trennung der verschiedenen psychischen Lagen des Rechtsbewußtseins wertvoll ist. Riezler kann ich ferner nicht beipflichten, wenn er S. 42, um die nativistische Hypothese zu widerlegen, behauptet: Die Entstehung eines Rechtsgefühls ist nicht gut denkbar ohne den Begriff des Wertes, Wertbegriffe sind aber, wie wohl allgemein anerkannt wird, nicht angeboren, sondern historisch bedingt und empirisch erworben. Ebenso wenig ist angeboren die jeder Rechtsvorstellung immanente Vorstellung einer Geltung. Riezler nimmt hier, stark abkürzend, Dinge zusammen, die, obwohl sie alle mit dem Recht zu tun haben, psychologisch gut auseinandergehalten werden müssen. Der von ihm als Gesinnungsgenosse angeführte W. Haecker macht es nicht anders: Nach ihm können, wie Riezler a. a. O. 42, 59 angibt, solche Wertbegriffe wie Ehre, Besitz, Recht gar nicht Gegenstand von Trieben sein, kann das Rechtsbewußtsein nicht als Trieb vererbt werden und ist die vererbte geistige Ver-

anlagung nicht in der Weise zu denken, als ob gewisse Bestandteile des geistigen Überlieferungsgutes, gewisse Wertmaßstäbe, fix und fertig vererbbar wären. Ich nehme zunächst an dem Ausdruck Wertbegriff Anstoß; daß Begriffe als solche nicht angeboren sind, unterliegt bei den meisten Philosophen keinem Streite und somit trifft Riezler hier den Kern der Frage nicht. Gefragt muß werden, ob die letzten Elemente der Wertbegriffe angeboren sein könnten, und weiter, was davon verschieden ist, ob nicht gewisse Voraussetzungen aller Werterfahrungen vor aller Erfahrung des Einzelmenschen da sind. Es ist recht gut, daß nun auch die Rechtsphilosophie auf die durch J. Locke aufgerührte Grundfrage stößt und so gezwungen wird, vom rein historischen, rein empirisch durch die Tatbestände der vielen positiven Rechte eingeeengten Rechtsdenken abzukommen. In Kürze: Wie fast überall sonst (z. B. in der Sprachphilosophie, in der psychologischen Raum- und Zeithypothese) zeigt sich auch hier die antike Alternative: Ist x durch Natur oder durch Satzung? als Beispiel falscher Fragestellung. Es wäre ja möglich, daß x sowohl durch Natur als durch Satzung, genauer sowohl von Geburt als durch individuelle Erfahrung zustande kommen muß. Wenigstens entspricht nur diese Annahme und nicht die Alternative dem erst von J. St. Mill zu größerer Klarheit erhobenen Satz von der Mehrzahl der Realbedingungen im Bereich des Empirischen. Freilich können wir ohne den Begriff der Disposition nicht auskommen, den ja in der Tat die heutige Vererbungslehre von ihrem Standorte aus wieder einzuführen sich gezwungen sah. Für unsere Frage kann außer Betracht bleiben, ob die Disposition jedem Menschen von Haus aus eigen ist oder den früheren Menschengenerationen erst, wie H. Spencer und mit ihm B. Erdmann wollen, durch Erfahrungen angezchtet wurde und seitdem generell vererbt wird. Wie zum zweidimensionalen Sehen eine entsprechende Fähigkeit des Gesichtsinnes, wie zum plastischen Sehen eine angeborene Fähigkeit des optisch-haptisch-kinästhetischen Sinnensystems erforderlich ist und dann erst die wirklichen Gesichts-, Druck-, Bewegungsempfindungen als Elemente der Erfahrungen die Elemente (besser Momente) der Raumbilder liefern, so muß dem Menschen die Anlage zur Ausbildung eines Rechtsbewußtseins angeboren sein, und nun handelt es sich um den Nachweis derjenigen inneren Erlebnisse (Intuitionen), die als Elemente der Rechtserfahrung die Elemente des zu entwickelnden Rechtsbewußtseins liefern. Beim Idioten wird sich ein Rechtsbewußtsein kaum, beim Imbezillen und Debilem nur sehr schwach aus-

bilden; das Verbrechertum wird zum größten Teil aus Menschen bestehen, die infolge krankhaften Nervensystems oder infolge mangelhafter Ausbildung der moralischen Unterscheidungen nicht zur Ausgestaltung eines guten Rechtsbewußtseins kamen. Hysterie, moral insanity erzeugen die merkwürdigsten Krankheiten, erzeugen Widersprüche in der Seele eines und desselben Menschen, z. B. größte Eifersucht in Wahrung des eigenen wirklichen oder vermeintlichen Rechts, verbunden mit fortwährender kaltherziger, gleichgültiger Verletzung fremder Rechte. Werturteile, auf denen Riezler das Wertgefühl beruhen läßt, gehen sicher oft in ein wohlentwickeltes Rechtsbewußtsein mit ein; aber es gibt Werturteile von sehr verschiedener Art des Inhalts, der Kompliziertheit und der Klarheit. Beim Juristen sind die Werturteile nicht mehr sehr elementar in ihrem Zustandekommen; mögen sie auch durch Gewohnheit scheinbar einfach verlaufen, so darf das nicht verführen, die erste Entstehung solchen Werturteils für ebenso einfach zu halten. Welches Wertbewußtsein liegt aber bei einem Kinde vor, dem eine lieblose, „ungerechte“ Behandlung durch die Mutter „weh tut“? Beim Kinde dünkt mich das Bewußtsein der Gleichmäßigkeit und Ungleichmäßigkeit der Behandlung weitaus zu überwiegen. Der Geltungsbegriff bedeutet noch weniger für das Rechtsgefühl als das Werturteil. Das „Gefühl der Achtung vor dem bestehenden Recht“ kann nur das Ergebnis einer sehr feinen und nachhaltigen Besinnung auf das Wesen von Recht und Gesellschaft sein, nicht minder „die Neigung zu einem Rechtsideal“. Im Volke herrscht zumeist ein viel konkreteres Rechtsbewußtsein: die Überzeugung, daß in dem und in jenem Falle geschehenes Unrecht wieder gut gemacht, bei geschäftlichen Transaktionen ein gewisses Recht gewahrt werden müsse. Den allgemeinen Sinn des Rechtsspruchwortes: „Recht bleibt Recht“ macht sich wohl selten jemand klar. Die Vorstellung einer großen Rechtsordnung verbindet sich beim gewöhnlichen Menschen in der Regel (oder immer?) mit einer lebhaften Furcht vor einer Übermacht, vor angedrohter Strafe. Manches Mal vervollkommnet sich das gewöhnliche Rechtsbewußtsein zu der Überzeugung oder auch bloßen Annahme, daß andere rechtlich gesinnte Menschen (z. B. der Geistliche, der Abgeordnete, der als wohlwollend bekannte Richter) das Recht deshalb fänden, weil sie sich ernstlicher damit beschäftigten. Häcker muß ich widersprechen, wenn er erworbene Triebe ablehnt. Ehre und Besitz werden sogar Gegenstand sehr starker Triebe; wiederum sind jedoch Kern und entfaltetes Produkt sehr weit voneinander unterschieden. Wenn Ehr- und



Besitzliebe nicht angeboren sein sollen, so wüßte ich nicht, was überhaupt angeboren sein sollte. Das rechtliche „Harmoniegefühl“ Riezlers (S. 13 ff.) halte ich für nichts Elementares; im Rechtslehrer, im Richter wird es eine starke Kraft haben, ob aber im schlichteren Menschen jemals die Befriedigung über das Rechte soviel ist wie „die Befriedigung darüber, daß seine Beurteilung des konkreten Tatbestandes . . . im Einklang steht mit der allgemeinen Rechtsordnung“ (S. 13), ist sehr zweifelhaft. Riezler folgt der Th. Lippsschen Gefühlstheorie, die mit Recht in vielen ihrer Bestandteile angefochten ist, allzusehr; selbst der Begriff der „Strebungsgefühle“, der etwas von den meisten andern Psychologen Übersehenes in verdienstlicher Weise herausholt, hat bei Lipps einen weniger annehmbaren Nebengeschmack. — Ich muß mir indes eine genauere Auseinandersetzung mit dem verehrten Kollegen vorbehalten.

## Eugen Hubers Rechtsphilosophie.<sup>1)</sup>

Von

**Dr. Arthur Baumgarten**

o. Professor der Rechte an der Universität Köln.

Das ist's ja, was den Menschen zieret  
Und dazu ward ihm der Verstand,  
Daß er im innern Herzen spüret,  
Was er erschafft mit seiner Hand.

Eugen Huber, der an dem Recht eine Arbeit der Vernunft, des Verstandes und des Gemütes vollbracht hat, wie sie nur wenigen Auserwählten beschieden ist, empfindet das Bedürfnis, den Gegenstand der praktischen und theoretischen juristischen Beschäftigung in dem reinsten Lichte, das der Mensch kennt, in dem der Philosophie zu betrachten. Nicht in langsamem, methodischem Vorgehen führt uns Huber zur höchsten Einsicht in rechtlichen Dingen, er bietet uns seine Rechtsphilosophie als die reife Frucht geläuterter Weisheit. Nicht den Plato der Republik glauben wir zu hören, sondern den der Gesetze. Clinias: „Fremder, nichts kann wahrer sein. Du siehst tief, wie es Deinem Alter zukommt.“ Der Athener: „Das

<sup>1)</sup> Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie. Basel 1920. Verlag von Helbing und Lichtenhahn.

Auge junger Leute nimmt Gegenstände dieser Art kaum wahr, während das der Älteren sie sehr deutlich erschaut.“

In einer Hinsicht freilich besteht ein starker Unterschied zwischen dem griechischen und dem schweizerischen Rechtsdenker. In nahezu allen seinen bedeutenderen Werken schreitet Plato unentwegt fort, bis er im Denken den äußersten Punkt, an dem ein Meinungs austausch in objektiv verständlicher Rede noch möglich scheint, erreicht hat. Der unwiderstehliche Reiz der Schriften dieses Größten unter den Großen im Reiche des Geistes besteht vielleicht vor allem darin, daß in ihnen die höchste künstlerische Vollendung der Form sich verbindet mit der intensivsten Wahrheitsforschung und der rücksichtslosesten Aufdeckung ihrer Resultate. Nichts kann irriger sein als die Meinung, daß Plato uns etwas vorenthält, daß es ihm eine Entweihung scheinen würde, sich über das Letzte auszusprechen. Wenn er sich des Mythos bedient, so tut er es in der Erkenntnis, daß die an den Leib gebundene Seele nicht zu schauen vermag von Angesicht zu Angesicht; wenn er plötzlich abbricht in der Annäherung an das Transzendente, so weiß er eben nicht weiter. Ganz anders Huber; er führt uns wohl in den Tempel der Weisheit, aber im Vorhof schon verabschiedet er sich von uns und läßt uns allein den Weg zum Allerheiligsten suchen.

Es ist gewiß sehr verdienstlich, wenn Huber darauf hinweist, daß für die Rechtsphilosophie, die ja doch in unserer Zeit so oft in irgend einem hypothetischen Imperativ gipfelt, ein Zusammenhang mit der Weltanschauung unbedingt gefordert werden müsse (S. 26 in der Note) und wenn er immer und immer wieder betont, daß die tiefste Quelle des Rechtes die in einem jeden normalen Menschen lebendige Vernunftidee ist. Wenn Kelsen (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 34. Jahrgang, Heft 4, S. 217 ff.) Huber zum Vorwurf macht, daß er bei prinzipieller Billigung des Rechtspositivismus doch bisweilen zu der naturrechtlichen Vorstellung einer Ableitung des Rechtes aus einer allgemeingültigen Idee hinzuneigen scheine, so stehe ich dieser Kritik antipodisch gegenüber. Nicht nur für den der Recht zu schaffen hat, sondern auch für den, der nach gegebenem Rechte leben soll, ist die Rechtsidee im Sinne Hubers von der größten Bedeutung. Gerade weil dem so ist, möchte man über die Rechtsidee mehr, viel mehr erfahren als Huber uns zu sagen für gut findet.

„Lebt der Mensch, als Individuum und in der Gemeinschaft, so muß seine Persönlichkeit für diese Stellung eine Lebensäußerung besitzen, und tritt diese in bewußten einzelnen Erkenntnisvorgängen oder bedürfnisbefriedigenden Zwecksetzungen nicht völlig zutage, so liegt sie eben doch in einer Grundstimmung des Bewußtseins vor,

und zwar als oberster Gebieter. Man mag dieses Verhältnis mit dem einen oder dem andern Namen belegen. Mag es sich handeln um das Spiel der Ideen bei Plato, oder um das Daimonion bei Sokrates, oder um den kategorischen Imperativ bei Kant, mag es sich in die hohe religiöse Form kleiden, wonach der Mensch, zur Gotteskindschaft berufen, vollkommen sein soll, wie der Vater im Himmel vollkommen ist: Mit solchen verschiedenen, gewiß nicht gleichwertigen, aber auf die gleiche Erscheinung gerichteten Bezeichnungen und Erklärungen versucht unser Bewußtsein immer, und hat es zu allen Zeiten versucht, zu verdeutlichen, wies● hinter aller Bedürfnisbefriedigung ein Gebot höherer Ordnung vorhanden ist, das den Menschen zum Richtigen anleitet.“ Geht es uns nicht wie dem Clinias, müssen wir nicht zugeben: Nichts kann wahrer sein? Nur das wird man von uns nicht erwarten dürfen, daß unsere Wißbegierde nun befriedigt sei. Im Gegenteil, erst jetzt hat das Forschen rechten Wert. Also es gibt ein höheres allgemeingültiges Gebot, ein Gebot, das Plato in dieser, das Christentum in einer andern Weise verdeutlicht hat, wie sollen wir modernen Menschen es nun verdeutlichen, auf daß wir uns danach zu richten vermögen? Hic Rhodus.

Wir können und wollen es nicht glauben, daß Huber in dem vorliegenden Werk über das oberste Gebot, die Stimme der Vernunft in uns alles gesagt habe, was sich seiner Meinung nach darüber sagen läßt. Er spricht davon, daß es ein Erfordernis der Vernunft sei, höchste Einheit in unser Bewußtsein und damit in unser praktisches Verhalten zu bringen. Da zu den grundsätzlichsten Differenzierungen des menschlichen Bewußtseins nach Huber die Zweiheit von kollektivistischem und individualistischem Bewußtsein gehört (vgl. besonders S. 25 mit Note, S. 86 ff), wird ein harmonischer Interessenausgleich zwischen Kollektivität und Individualität ganz sicher eines der höchsten Postulate unseres vernünftigen Bewußtseins darstellen. Aber unmöglich kann doch Huber meinen, daß mit einer solchen Formel der Sinn der Vernunftidee oder der Rechtsidee erschöpft sei. Freilich steigt ein banger Zweifel in uns auf, wenn wir bedenken, daß das vorliegende Werk Rudolf Stammler gewidmet ist und daß Stammlersche Wendungen es in reicher Zahl durchziehen. Da ist die Rede von dem absoluten Gegensatz von Sein und Sollen, von Beurteilungen, die offenbar als grundverschieden von den Urteilen gedacht werden, von verbindendem Wollen, und immer und immer wieder hören wir Anklänge an die neokritische Gespenstersonate. Aber wenn es schon an sich unwahrscheinlich ist, daß das Toxin auf den urkräftigen Geist unseres Autors einen nachhaltigeren Einfluß geübt

haben sollte, so haben wir eine zuverlässige Kontraindikation bezüglich des morbus neo-criticus in der eben angeführten Stelle. Denn wenn wir diese Stelle im Zusammenhang lesen, dann besagt sie nicht mehr und nicht weniger, als daß in der Einheit des vernünftigen Bewußtseins der unendliche Reichtum alles dessen ruht, was die Vernunft Platos und das Gefühl Jesu Christi darin zu finden wußten, also doch wahrlich etwas ganz anderes als die Vorstellungen, die man mit einer Formel wie der von der Gemeinschaft freier Menschen oder der von einem harmonischen Ausgleich zwischen der einzelnen und der Gemeinschaft bestenfalls zu verbinden vermag.

Wir glauben nicht, daß wir das letzte Wort kennen, das Huber über seine Weltanschauung sagen könnte. Immerhin ist in dem vorliegenden Werk der Schleier soweit gelüftet, daß wir annehmen müssen, diese Weltanschauung trage einen etwas resignierten Zug. „Ein Fortschritt erfolgt allerdings, aber nur im Sinn von zwei konstanten Richtungen. Einerseits nämlich vermag der Mensch sich den Bedingungen anzupassen, die ihm durch die Natur für das Zusammenleben gestellt sind. Dies verbürgt dem Menschengeschlecht eine größere Verbreitung auf der Erde und eine längere Dauer als anderen, vielleicht von Natur viel kräftigeren Geschöpfen. Und andererseits vermag der Mensch diese Anpassung, diese Herrschaft über die Materialien in einer Weise aufzufassen, die sich von Generation zu Generation fortvererbt und eine feste Kultur schafft, die über den einzelnen oder ganzen Kollektivitäten stehen kann und sie zu beherrschen imstande ist.“ (S. 294.) Und weiterhin: „Weder Gemüt noch Verstand, weder Liebe noch Haß, weder Tugend noch Laster, weder Gemeinsinn noch Egoismus, weder Seelenstärke noch Charakterschwäche erfahren in der großen Summe des menschlichen Zusammenlebens wohl je eine wesentliche Verschiebung.“ Daß da dem Herz nicht alle Hoffnung schwindet! Vielleicht sehen wir uns in unüberwindlicher Todesfurcht genötigt, in einem solchen Leben, wie Huber es uns hier schildert, zu verharren. Aber hat es viel Sinn, in ihm Gesetze zu geben und Bücher zu schreiben? Wer den Kulturfortschritt sich in einer so tiefen Sphäre bewegen läßt, wie Huber, der sollte uns sicherlich sagen, ob und inwiefern unser irdisches Leben durch Beziehungen zu einer höhern Welt Würde und wahren Wert erhält.

Hubers Zurückhaltung bei der Stellungnahme zu den letzten Fragen der Philosophie hat schwerwiegende Konsequenzen. Sie legt den Gedanken nahe, daß dieser große Rechtsschöpfer von dem Metaphysischen ernstlich so denkt, wie die meisten Neu-Kantianer — hiervon wurde bereits gesprochen. Sie ist ferner Schuld an



einer wenig befriedigenden Darstellung des Verhältnisses von Kollektivität und Individualität und an dem Mangel einer Begriffsbestimmung des Rechts, mit der eine systematische Anordnung der Elemente des Rechts und eine zutreffende Abgrenzung des Rechtes von andern unser Leben beherrschenden Mächten gegeben wird.

Soviel wir sehen können, stehen sich nach Huber das Individualistische und das Kollektivistische als zwei selbständige Bewußtseinsrichtungen im Geist des einzelnen unverbunden gegenüber. In der Tat muß man tief ins Metaphysische eindringen, um die gemeinsame Wurzel beider aufzufinden. Kann man sich zu einer so gewagten Entdeckungsfahrt nicht entschließen, so droht die Gefahr einer ethischen Antinomie. Um diesem Dilemma zu entgehen, sind von altersher Versuche angestellt worden, die Hingabe an die Gemeinschaft als klügste individualistische Utilitätspolitik zu erweisen oder umgekehrt den Egoismus nur, soweit er verkappter Gemeinsinn ist, anzuerkennen. In neuerer Zeit wählt man meist den letzteren Weg, man läßt das Individuum in der Gemeinschaft aufgehen, wie die Einzelzelle im Gesamtorganismus. Wir begrüßen es mit Freuden, daß sich Huber gegenüber solchen Versuchen durchaus ablehnend verhält. Die Annullierung der Individualität läßt er nicht zu, das Individuum hat seine ursprüngliche Eigenbedeutung gerade so gut wie die Kollektivität. Aber wenn man, wie Huber es tut, einen irreduktibeln Dualismus von Einzelwesen und Gemeinschaft annimmt, dann legt man zugleich dem menschlichen Leben einen unversöhnlichen Gegensatz zugrunde. Allerdings meint ja Huber, daß die Vernunft, speziell die Rechtsidee, uns einen Ausgleich zwischen dem Individuum und der Kollektivität suchen und finden läßt. Hierbei soll es sich offenbar nicht um ein Kompromiß politischer Klugheit handeln, das den imperialistischen Gelüsten in dem einen oder andern Lager nie dauernd Einhalt gebieten könnte, sondern um ein Verhältnis der Harmonie, das als ein hohes, vernunftgemäßes Ziel menschlichen Handelns zu gelten hätte. Aber ein derartiges formales Moment ist immer nur einigen wenigen Moralisten und Denkern — gewiß nicht den einflußreichsten — als höchstes Ideal erschienen und hat es nicht vermocht, sich im Kampf der Interessen als reale Macht zu bewähren. Stehen Einzelwesen und Gemeinschaft einander in ursprünglicher Verschiedenheit gegenüber, dann wird ihr ewiger Hader nur durch die zeitweilige Unterwerfung des einen Gegners unter den andern unterbrochen werden. Im Naturzustand herrscht nach dem Klügsten aller Naturrechtler bellum omnium contra omnes — homo homini lupus, dann tritt der absolute Staat, der Leviathan, dem einzelnen auch nicht viel anders denn als Wolf gegenüber. Nun hätten wir, wie wir eben sahen, den Gegensatz von Individuum und Kollektivität als einer in dem Be-

wußtsein eines jeden Menschen ursprünglich bestehenden zu denken, es würde also gewissermaßen homo sibi lupus sein, genauer gesagt, es würde in unserer Zeit die eine von den zwei Seelen in unserer Brust, die Kollektivseele als Wolf der andern, der Individualseele, als Schaf gegenübertreten. Daß sich solches leicht ereignen kann, darf Huber mir nicht abstreiten, nachdem er selbst über das Verhältnis von Kollektivität und Individuum folgende Ausführungen bringt: „Wer mit einer Gemeinschaft derart verbunden ist, daß er für ihr Bestehen mit Gut und Blut sich einsetzen muß, dem darf es nicht als Verletzung der Sittlichkeit angerechnet werden, wenn er sein armes Ich schließlich auch in seiner sittlichen Verpflichtung der Gemeinschaft opfert. Für das Gemeinschaftsleben im Verhältnis zu den der Gemeinschaft angehörigen Individuen kann also das Gebot der Sittlichkeit zu andern Ergebnissen führen als für das Verhältnis der Individuen unter sich. Das Sittengesetz besteht unzweifelhaft auch unter den Gemeinschaften und die Gemeinschaft, die ein sittliches Gebot verletzt, handelt gegenüber anderen Gemeinschaften und Individuen ebenso unsittlich wie der Einzelne, der dem Sittengebot zuwiderhandelt. Allein der einzelne, der für seine Gemeinschaft einzutreten hat, darf bei der Verletzung des Sittengesetzes, die er einzig und allein um der Gemeinschaft willen begeht, nicht mit demselben Maßstab gemessen werden. Wir dürfen dem Einzelnen die Genugtuung zugestehen, daß er nach gegebenen Verhältnissen durch sein mannhaftes Einstehen für die Gemeinschaft in einem Grade der Sittlichkeit entsprechend handelt, der über das individuelle Sittengebot hinausreicht. Der Einzelne kann niemals die Stellung der Gemeinschaft vollständig überblicken, er handelt nach dem beschränkten Kreis, wie er ihn kennt, und darf, sobald eine Frage über diesen Kreis hinausreicht, von der Vermutung ausgehen, daß seine Gemeinschaft richtig gehandelt habe.“ (S. 71/72.) Dazu die Note: „Man vergleiche damit den bekannten englischen Ausspruch „right or wrong it is my country“. An alledem kann ich nur eines völlig billigen, jenes Mitleidsvolle: „das arme Ich“; und ich füge hinzu: und das arme Sittengesetz!

Keine gefährlichere Lehre als die, die unmittelbar oder auf Umwegen dem Individuum sein freies, sittliches Urteil zugunsten des autoritativen sittlichen Urteils der Gemeinschaft beschränkt. Wer zu dieser Lehre hinneigt, der steht bewußt oder unbewußt, unter dem Einfluß der organischen Staatstheorie. Wir wollen nicht vergessen, daß die Rechtswissenschaft der organischen Staatstheorie zu großem Danke verpflichtet ist und daß diese Theorie nicht notwendig zu den verhängnisvollen Konsequenzen führt, die manche aus ihr abgeleitet haben. Dafür, daß es außer den Individuen noch

andere nicht weniger reale Willenszentren gibt, an die die Rechtsordnung Rechte anzuknüpfen vermag, hat uns hauptsächlich die organische Theorie das Auge geöffnet. Leider hat sie nun aber auch bei vielen die Annahme im Gefolge gehabt, daß die Gesamtpersonen die Körperschaften, vor allem der Staat, in jeder Beziehung dem Einzelmenschen ähnlich seien. Es hätte also der Staat wie der einzelne Mensch, nur in potenziertem Maße, eine Seele, fähig zu vernünftigem Urteil. Das Individuum ist in geistiger Hinsicht nur Einzelzelle, hat nur Zellenbewußtsein und steht in allem und jedem im Verhältnis gänzlicher Unterordnung zur Gesamtpersönlichkeit. Unter allen Irrlehren, die heute im Umschwung sind, kenne ich keine, die es in gleicher Weise verdiente, daß hinter sie die Worte gesetzt würden: anathema sit.

Der Leser hat ein Anrecht darauf, daß wir nicht ohne ein Wort der Erläuterung die Forderung einer metaphysischen Überbrückung des Gegensatzes zwischen Individuum und Kollektivität aufstellen. Wir wollen daher wenigstens mit ein paar Worten die u. E. zutreffende metaphysische Problemlösung bezeichnen. Kein bewußtes Wesen braucht sich für ein anderes Wesen bis zur Vernichtung aufzuopfern, weil jedes solche Wesen der Substanz nach universeller Geist ist und nicht etwa gegenüber dem universellen Geist nur als Akzidenz, als Modus erscheint. Um dieser seiner Göttlichkeit willen darf ein jeder sich als unsterblich betrachten. Nun unterliegt mit einer Notwendigkeit, die wir einfach hinzunehmen haben, der Geist in seinem gegenwärtigen Stadium der Entwicklung dem Prinzip der Individuation. Dadurch entsteht in der Sphäre des bewußten Lebens ein Gegensatz, insofern dasselbe Wesen sich als universell göttlich, unsterblich fühlt und daneben als individuell beschränkt, menschlich allzu menschlich und vergänglich. Dieses Neben- oder Miteinander von Verschiedenem stellt die höchste Erscheinungsform des von alters her des menschlichen Verstandes spottenden Widerspruchs von Einheit und Vielheit dar, es ist somit in einem gewissen Sinn unbegreiflich, aber darum nicht weniger real. Für das Individuum gilt die Pflicht unbedingter Aufopferung für das Ganze oder richtiger gesagt, es muß die Einzelpersönlichkeit das, was an ihr individuell ist, unbedingt aufopfern für das Universelle. Der Fortschritt des Geistes besteht wesentlich darin, daß sich die Wesen ihrer Universalität und Gottesnatur immer deutlicher bewußt werden und daher das Opfer der Individualität immer leichter auf sich nehmen. Der religiöse Mensch hat längst erkannt, daß er sein Leben nur hinzugeben hat, um in einem höheren Sinn weiterzuleben: Laß mich sterben mir, laß mich leben Dir. Nur erscheint hier zunächst noch das höhere Leben als ein Leben in einem andern, während es doch

in Wahrheit nichts ist als ein volleres Leben in sich selbst. Zwischen dem universalistischen Bewußtsein und dem individualistischen steht das kollektivistische. Wenn und soweit die Verwirklichung der Zwecke der Kollektivität der Entfaltung des universellen Geistes mehr dient als die der Zwecke der Individualität, hat die letztere unbedingt zurückzustehen. Die eben aufgestellten Postulate sind rein sittliche, das Recht muß sich seiner Besonderheit entsprechend mit viel bescheideneren Forderungen begnügen, es muß damit rechnen, daß der Durchschnittsmensch sich immer noch wesentlich als Individuum fühlt, also Egoist ist. Mit der Frage nach der Pflicht zur Aufopferung individualistischer Interessen für kollektivistische Zwecke darf die andere nicht verwechselt werden, inwieweit sich das Individuum dem Urteil der Kollektivität über das Richtige zu beugen hat. Bei Beantwortung der letzteren wird es gelten, zwischen der Auffassung der Aufklärung des 18. Jahrhunderts und der Hegels einen Mittelweg zu finden. Der Lauf der Geschichte ist nicht in dem Maße vom Zufall abhängig, daß die individuelle Reflexion den Kulturbestrebungen, die in großen, Jahrhunderte währenden Einrichtungen ihren Ausdruck gefunden haben, allen Wert absprechen dürfte. Andererseits ist es auch nicht richtig, daß alles, was sich verwirklicht hat, vernünftig ist. Man darf annehmen, daß jedes Volk mit seiner Kultur der Welt etwas Bedeutungsvolles zu sagen hat. Aber Völker können vorübergehend oder auch während ganzer Epochen ihrer eigentlichen Mission untreu werden oder in übertriebener Weise ihre Eigenart gegenüber andern Völkern durchsetzen. Auch darf man nicht meinen, daß in allen Lebensäußerungen der Kollektivitäten völkische Kulturarbeit geleistet werde. Insbesondere ist die äußere Politik vielfach nichts anderes als die Betätigung eines Egoismus, der im innerstaatlichen Leben an voller Auswirkung gehindert wird. Dabei ist freilich wieder eine Unterscheidung am Platze. Neben einem Verhalten, das den völkischen Charakter zum Ausdruck bringt und dem sich meistens irgendeine gute Seite abgewinnen lassen wird, gibt es Kollektivhandlungen, die aus den Grundsätzen der Massenpsychologie sich ausschließlich erklären lassen und sich in der Regel als hemmungslose Ausflüsse primitiver Instinkte darstellen. Selbst wenn man von diesen Erscheinungen absieht, die jeder, der den Kopf oben behält, mit aller Energie zu bekämpfen hat, ist das Verhalten der Gemeinschaft Gegenstand, ja vielleicht der wichtigste Gegenstand der sittlichen Kritik der die Gemeinschaft bildenden Individuen. Es würde in der Welt überhaupt keinen Fortschritt geben, wenn solche Kritik nicht immer und immer wieder geübt und unter Aufopferung individueller und kollektiver Interessen in die Tat umgesetzt würde.



Wenn wir oben sagten, daß ein Eindringen in die inneren Räume der Philosophie Voraussetzung für eine Abgrenzung des Rechtes von verwandten Lebensmächten sei, so dachten wir dabei vor allem an das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit. Wir werden von der Art und Weise, wie Huber dieses Verhältnis bestimmt, unten noch zu reden haben; er bleibt bei den üblichen Kriterien stehen, die mehr auf konsekutiven als auf konstitutiven Momenten der in Betracht kommenden Regriffe beruhen und den tiefen Zusammenhang zwischen Recht und Sittlichkeit nicht deutlich erkennen lassen. Eine nähere Begründung unserer Ansicht, daß die Bemühung um die Feststellung des Rechtsbegriffs zu einer Stellungnahme zu den Grundfragen der Philosophie nötigt, haben wir an anderm Orte zu geben versucht. (Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Tübingen 1920, Bd. I.) Wir gelangten dazu, das Recht im wesentlichen als positive Sittlichkeit zu definieren und suchten aus dem Begriff der Positivität alle Momente abzuleiten, die zur Veranschaulichung und näheren Charakterisierung des Rechtes erforderlich sind. So wurde die scheinbar ziemlich verwickelte Definition des Rechtes, an die wir unsere Untersuchungen über die Methode der Rechtswissenschaft anschlossen, durch eines ihrer Elemente organisiert. Nach Huber stehen die Elemente des Rechtes, von denen er sagt, daß sie nicht Bestandteile des konkreten Rechtes seien, sondern Kräfte, die abstrakt in jedem Rechte wirken (S. 28), in einem nicht gerade durchsichtigen gegenseitigen Verhältnis. „Sie bedingen“ — heißt es bei ihm — „einander wechselseitig und erheben in ihrer Verbindung den Komplex der konkreten Anordnungen als Ganzes zum Recht.“ Was gemeint ist, versteht man erst richtig, wenn man den Katalog der Elemente in Händen hält; er lautet: das Ethos, die Logik, die Macht, die Gestaltung und die Realien des Rechts. Da mangels grundsätzlicher philosophischer Fundierung des Rechtsbegriffs diese Elemente nicht in ein systematisches Gedankengefüge gebracht werden, ist der Verfasser genötigt, ihren Zusammenhang wesentlich mit Hilfe von Bildern zu bezeichnen. Ich greife nur ein Beispiel heraus: die Schilderung des Verhältnisses der Ethik zur Logik. „Man möchte sagen, die beiden Elemente haben für das Recht die Bedeutung von Form und Inhalt. Allein das darf nicht mißverstanden werden. Die Logik bedeutet nicht etwa das Gefäß mit der Ethik als Inhalt, sondern sie zeigt sich uns gleichsam als die Schale einer Frucht, bei der die Schale von den Säften der Frucht durchtränkt ist und mit zur Frucht gehört.“ (S. 49.)

Vielleicht wird an dieser Stelle nicht unpassend ein Wort von Hubers Stil gesagt. Dieser Stil erfüllt die beiden höchsten An-

forderungen an einen guten Stil: er ist natürlich und persönlich, er spiegelt des Autors hohe, schlichte Würde, sein starkes sittliches Verantwortlichkeitsgefühl, sein ehrliches Ringen um die Wahrheit deutlich wider. Vielfach erhebt er sich zu kerniger schmuckloser Poesie. Die Nationalität ist unverkennbar. Überall spüren wir, daß einer der besten Söhne des prächtigen Schweizervolkes zu uns redet, jenes uns stammverwandten Volkes, an das wir Deutschen heute nicht ohne Bewegung denken können: ist doch von ihm verwirklicht, was uns vom unerbittlichen Schicksal zur Aufgabe gemacht wird, die Begründung einer echten Demokratie als eines Staatsverbandes, der aus dem politischen Verständnis und der von dem alten Montesquieu für unerläßlich erklärten vertu, dem aufrechten Bürgersinn seiner Mitglieder beruht.

So überzeugt wir davon sind, daß in der Rechtsphilosophie die tiefsten metaphysischen Probleme untersucht werden sollten, so verständlich ist uns die bei den Juristen so weit verbreitete Scheu, diesem Erfordernis Genüge zu leisten. Die Metaphysik erscheint als Glaubenssache, nicht als Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung. Daher begnügen sich unsere Rechtsphilosophen, den allgemeinen Sätzen, mit denen die positive Rechtswissenschaft zu hantieren gewohnt ist, einen Oberbau noch allgemeinerer Wahrheiten zu geben, der hart bis an die Metaphysik heran-, nicht aber in sie hineinreicht. Eine rechtsphilosophische Arbeit solcher Art kann von hohem Werte sein und sie ist es in dem uns hier interessierenden Fall. Den folgenden Ausführungen Hubers wird jeder beipflichten können. „Die Beschäftigung mit der theoretischen Grundlage irgendeines Problems vertieft unzweifelhaft das Verständnis für den einzelnen konkreten Fall. Am gefährlichsten sind bei allen solchen Aufgaben diejenigen, die über die Sache, die sie zu behandeln und zu entscheiden haben, nicht von allgemeineren Betrachtungen auszugehen vermögen. Wer unsere Ausführungen gelesen hat, mag selbst beurteilen, ob wir nicht mit dieser Rechtfertigung seine eigenen Erfahrungen wirklich bestätigen.“ S. 130.) Wir werden uns im folgenden bemühen, einen Überblick über den reichen Inhalt von Hubers Werk zu geben. Wir hoffen, ihn so gestalten zu können, daß er den Leser zu einem Studium der höchst bedeutungsvollen Ausführungen unseres Autors anregt. Deren größter Reiz kann freilich hier nicht zum Ausdruck gebracht werden. Liegt er doch darin, daß der Verfasser aus dem Schatz eines sich über die verschiedensten Gebiete erstreckenden tiefen Wissens schöpfend die meisten seiner allgemeinen Erwägungen durch die Heranziehung einer Fülle konkreter rechtlicher und gesellschaftlicher Erscheinungen zu beleben weiß.

In der ersten Abteilung des Buchs, die vom Wesen des Rechtes handelt, tritt der Verfasser zunächst dafür ein, daß weder allgemeine Rechtslehre im Merkelschen Sinn, noch Rechtsvergleichung, noch Soziologie die rechtsphilosophische Betrachtung zu ersetzen vermag. Hierin wird man ihm gewiß recht geben. Was im besonderen die allgemeine Rechtslehre betrifft, so schätzt Huber sie eher zu hoch als zu tief ein. Bis jetzt steht das Merkelsche Programm im wesentlichen auf dem Papier und soweit man ernsthaft versucht hat, es zu verwirklichen, wie etwa in der Bemühung um einen allgemeinen Handlungsbegriff, ist das Resultat ein durchaus negatives gewesen. Damit soll nicht etwa der allgemeinen Rechtslehre aller Wert abgesprochen werden. Es ist prinzipiell richtig und wird sich im Lauf der Zeit auch als nutzbringend erweisen, wenn Begriffe wie der des subjektiven Rechtes, des Vertrags, des Rechtsgeschäfts nicht etwa bloß im Hinblick auf ihre Verwendung innerhalb des Gebietes des bürgerlichen Rechtes ausgebildet werden, nur darf man von solcher Art von Verallgemeinerung nicht allzuviel erwarten. Wir haben an anderer Stelle (Wissenschaft vom Recht) ausgeführt, daß wie für eine jede juristische Einzeldisziplin, so auch für die gesamte positive Rechtswissenschaft sich das Bedürfnis ergibt, die Unterscheidung von allgemeinem und besonderem Teil einzuführen. Die Ansätze zu einem allgemeinen Teil der positiven Rechtswissenschaft bietet das heutige Staatsrecht. In diesem allgemeinen Teil wird dem Merkelschen Postulat Genüge zu leisten sein. Die Rechtsphilosophie bewegt sich in einer höheren Sphäre als die positive Rechtswissenschaft. Fast noch einfacher gestaltet sich die Auseinandersetzung mit der Rechtsvergleichung, die mehr eine Methode als ein Zweig der Rechtswissenschaft ist, dagegen bereitet die zwischen Rechtsphilosophie und Soziologie einige Schwierigkeiten. Wir sind nicht sicher, daß wir die nicht ganz durchsichtigen Ausführungen des Verfassers über das Verhältnis von Soziologie und Rechtswissenschaft richtig erfaßt haben, uns scheint ihre Quintessenz in folgenden Sätzen zu liegen. Mit der Vergesellschaftung der Menschen tritt unter gleicher Kraft und unter gleicher Notwendigkeit die Gemeinschaft als Objekt der Soziologie und die Gesellschaft als Rechtsgemeinschaft auf. Der Soziologe würdigt das Gemeinschaftsleben als einen naturalistischen oder speziell psychologischen Vorgang. „Wer die Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft zu betrachten unternimmt, der mißt sie nach dem Maßstab der Rechtsidee.“ Offenbar soll also in letzter Linie der Unterschied von Sein und Sollen maßgeblich sein. Die Soziologie beschäftigt sich mit dem gesellschaftlichen Sein, die Rechtsphilosophie mit einem auf das gesellschaftliche Handeln bezüglichen Sollen. Da ich den

Unterschied von Sein und Sollen für keinen so fundamentalen und unüberbrückbaren halte wie der Verfasser, kann ich mich bei seiner Begriffsbestimmung nicht völlig beruhigen. Auch scheint mir bedenklich, daß Verfasser als Hauptvertreter der modernen Soziologie den geistreichen, übergeistreichen Simmel heraushebt und den ungleich einflußreicheren und substanzielleren Durkheim unberücksichtigt läßt.

Wir wissen, glaube ich, was Recht ist, aber wir haben nur eine unbestimmte Vorstellung von dem, was Soziologie sein kann und sollte. Das Recht ist ein Handelnsollen, das in letzter Linie durch die Rechtsidee oder richtiger wohl in vorletzter durch die Rechtsidee und in letzter durch die Idee der Sittlichkeit bestimmt wird. Die Soziologie betrifft zunächst das Sein des gesellschaftlichen Lebens. Nun ist ja nach unserer Auffassung das Sollen auch ein Sein, aber ein anderes als das den hauptsächlichen Gegenstand der Soziologie bildende. Es ist nicht wie dieses aktuelles, sondern potentielltes Sein. Das Recht spricht von den Handlungen, durch die es möglich ist, die höchsten menschlichen Bedürfnisse zu befriedigen, die Soziologie von den Gesetzen, nach denen sich hier und jetzt die menschlichen Handlungen abspielen. Wenn es nun möglich wäre, mit Hilfe der Soziologie den Lauf des gesellschaftlichen Handelns in allen seinen großen Grundlinien mit Sicherheit vorauszusagen, dann würde sich an eine solche soziologische Lehre die Moral- und Rechtswissenschaft als ein „art rationnel“ anschließen. *Volentum ducunt fata, nolentem trahunt*. Was hätte es für einen Sinn, bei der Aufstellung von Rechtssätzen gegen eine übermächtige soziale Gesetzmäßigkeit anzukämpfen? Vielleicht sagt man, es könne ja des Menschen höchste Bestimmung gerade darin bestehen, daß er in einem äußerlich erfolglosen Kampf gegen die sozialen Mächte sein Seelenheil fördere. In der Tat bliebe diese Möglichkeit immer bestehen, aber sie wäre doch eine wesentlich theoretische. Die überwiegende Mehrzahl der Menschen würde angesichts ihres Unvermögens, auf die vorausbestimmbare Bewegung des geschichtlichen Geschehens durchgreifend einzuwirken, eine Politik der Anpassung und der Vermeidung von Reibungen für richtig erachten. Glücklicherweise gibt es nun aber vorläufig noch keine unsere Handlungsziele in der eben bezeichneten Weise beschränkende Soziologie. In Weiterentwicklung Comtescher Gedanken hat Durkheim eine soziologische Methode zu begründen gesucht, von deren Anwendung er und seine Anhänger sich ähnliche Ergebnisse wie die von den Naturwissenschaften in den letzten Jahrhunderten erzielten versprechen. Die Vertreter der jungen Wissenschaft verlangen, daß man ihnen Zeit lasse, die Fruchtbar-



keit ihres Verfahrens zu erweisen. Wir wollen nicht nur Geduld haben, sondern jetzt schon zugeben, daß es sehr wohl gelingen mag, spezifisch soziologische, d. h. auf naturwissenschaftliche und psychologische nicht zurückführbare Gesetzmäßigkeiten zu entdecken. Andererseits möchten wir aber auch jetzt schon unbesorgt um den Vorwurf, vorschnell zu urteilen, unserer Überzeugung Ausdruck verleihen, daß, wenn schon auf dem Gebiet des Naturgeschehens eine „contingence“ besteht, sie auf dem des sozialen Geschehens in noch höherem Maße waltet. Keine Soziologie der Zukunft wird dem Menschen den Glauben zu nehmen vermögen, daß er durch seine freie Tat in entscheidender Weise den Lauf der Weltgeschichte zu beeinflussen vermag. Die große Frage des sittlichen und rechtlichen Sollens wird also stets die bleiben: wie ist das Ideal zu denken, in dessen Verwirklichung der Mensch seine höchste Bestimmung erfüllt oder, was ganz das gleiche ist, sein größtmögliches Glück begründet? Wir zweifeln nun nicht, daß zur Beantwortung dieser Frage die Soziologie wie alle anderen Wissenschaften einen Beitrag zu liefern vermag, ja es mag der Beitrag der Soziologie ganz wohl ein besonders bedeutungsvoller sein. Dagegen halten wir es für durchaus irrig, daß die Betrachtung jener Dinge, die Durkheim als *faits sociaux* bezeichnet, und ihrer Verknüpfung durch die besonderen soziologischen Gesetze unmittelbar die Lösung des großen Rätsels des obersten Sollengesetzes bieten könnte. Die sozialen Tatsachen haben samt und sonders — und sollte man darunter auch die höchsten Schöpfungen des Kulturlebens rechnen — einen mehr oder minder äußerlichen Charakter, sie sind Ablagerungen des großen Geistesstromes. Wer das Wesen des universellen Geistes im innersten erfassen will, der muß heute wie zur Zeit des Sokrates in erster Linie, wenn auch nicht ausschließlich, den Blick auf sich selbst richten, hier enthüllt sich am ehesten dem innern Auge der wahre Sinn des Weltgeschehens. Über das höchste Sollengesetz, auf das die Rechtswissenschaft zurückzugreifen hat, kann uns nur die Metaphysik belehren. Die Metaphysik der Zukunft wird die Resultate der kommenden Soziologie aller Wahrscheinlichkeit noch als wertvolles Forschungsmaterial benutzen können. Sie wird sich niemals völlig mit dieser Disziplin identifizieren.

Nach Abgrenzung der Rechtsphilosophie von anderen Disziplinen wendet sich Huber den Elementen des Rechts zu. Von diesen Elementen sagt er, sie seien „nicht Bestandteile des konkreten Rechtes, sondern Kräfte, die abstrakt in jedem Rechte wirken“. (S. 28.) Er kennt deren fünf: das Ethos, die Logik, die Macht, die Gestaltung und die Realien des Rechts. Eine vorläufige

Begriffsbestimmung ist nur für die Gestaltung und die Realien erforderlich. Nach Huber bedarf es zum Werden des Rechts „einer Gestaltung, die in der Organisation der Gemeinschaft und der Formulierung von Rechtssätzen zum Ausdruck gelangt“. Die Realien stellen „sich als Erscheinungen dar, mit denen eine jede Rechtsordnung zu rechnen hat“. (S. 31.) Deutlicher: „Die Realien sind nicht nur die Widerstände, die sich gegenüber der Durchführung einer Rechtsordnung geltend machen, sondern sie bestimmen auch, auf welche Art und Weise eine Rechtsordnung überhaupt erst möglich ist.“ (S. 32.) Während die Realien einen Faktor für sich bilden, besteht ein enger Zusammenhang zwischen Gestaltung und Macht und zwischen Ethos und Logik. Der Verfasser betrachtet dann das Ethos zunächst für sich, darauf als Element des Rechtes und glaubt so den Boden vorbereitet zu haben, um nach Erörterung des Elementes der Logik das Verhältnis der Rechtsordnung zum Sittengesetz feststellen zu können. In allen diesen Ausführungen wird nichts wesentlich Neues geboten. Auf eine philosophische Fundierung des Sittengesetzes wird verzichtet, das Verhältnis von Recht und Sittengesetz nach folgenden zwei Kriterien bestimmt: Im Gegensatz zur Sittlichkeit soll dem Recht der Zwang wesentlich sein und soll das Recht sich mit einem äußerlich richtigen Handeln begnügen. Ich habe an anderem Orte ausgeführt, daß und wie der Zwang nicht als konstitutives, sondern höchstens als konsekutives Merkmal des sich von der Sittlichkeit wesentlich durch das Moment der Positivität unterscheidenden Rechtes zu gelten hat. (Wissenschaft vom Recht, Bd. I.) An dieser Stelle möchte ich auf das zweite der Kriterien Hubers mit ein paar Worten eingehen. Schon Thomas von Aquin hatte gelehrt, daß es bei der Legalität anders als bei der Moralität nicht auf die Gesinnung des Handelnden ankomme, und nach Kant besteht das Eigenartige der sittlichen Handlung darin, daß sie erfolgt aus dem sittlichen Motiv, aus Achtung vor dem Gesetz. Seitdem ist es unzählige Male wiederholt worden, daß das Sittengesetz uns gebiete, aus sittlicher Gesinnung heraus zu handeln. Wir gelangen in diesen Dingen nur zur Klarheit, wenn wir die Einkleidung der Moral in Gebote beseitigen und die Moral als eine Erkenntnis entwickeln. Die Moral sagt uns, daß wir das höchste erreichbare Glück uns dadurch verschaffen, daß wir uns mit allen unseren Kräften in den Dienst der Menschheit stellen. Der gleiche Effekt wird nicht dadurch erzielt, daß ohne unser Zutun eine Förderung des Wohls der Menschheit erfolgt, andererseits erweist sich unsere Bemühung für andere nicht deshalb als viel weniger glückspendend für uns selbst, weil sie gescheitert ist. Wir spüren es im tiefsten Herzen: *et voluisse sat est*. Die eben aufgestellte Morallehre

bezieht sich auf die potentielle, nicht auf die aktuelle geistige Verfassung des Menschen. Bei den meisten Menschen kann es wegen mangelnder geistiger Entwicklung und Perversitäten aller Art nicht zu reinen moralischen Reaktionen kommen. Sie würden nicht sofort Glück empfinden, wenn sie es auch versuchen sollten, für ihre Nebenmenschen zu wirken. Immerhin würden solche Versuche auf die Dauer nicht ohne Wirkung bleiben, sie würden schließlich der wahren, höheren Natur des Menschen zum Durchbruch verhelfen, es würde zuletzt das altruistische Handeln eine Quelle des vornehmsten Glückes für den Handelnden werden. Dabei wäre es freilich Voraussetzung, daß bei der Selbsterziehung zum Altruismus nicht irgendwelche Nebenzwecke sich einmischen. Wenn jemand sich durch die Aussicht auf äußere Vorteile zur Betätigung für andere bestimmen läßt, so wird ihm das spezifisch moralische Glück als *praemium virtutis* nie zuteil werden. Dieser Gedanke schwebt vielleicht so manchem vor, der nur ein Handeln aus guter Gesinnung moralisch nennt. Handeln aus guter Gesinnung wäre hiernach einmal ein Handeln aus lebendiger Menschenliebe heraus und sodann ein Handeln, geleitet von dem Bestreben, sich selbst allmählich für das aus dem Wirken für andere hervorgehende Glück empfänglich zu machen. Für das Recht kommt es zum Unterschied mit der Moral durchaus nicht immer darauf an, in welcher Gesinnung gehandelt wird. Dies liegt vorwiegend, wenn auch nicht nur, daran, daß die Rechtsnormen nicht ausschließlich im Hinblick auf den Normadressaten aufgestellt sind. Wenn einer Person eine Rechtspflicht im Verhältnis zu einer anderen auferlegt wird, so heißt das gewiß, daß der Verpflichtete als sittlich Empfindender gebunden ist, eine Leistung zu machen, es heißt daneben aber noch manches andere. Einmal sind in aller Regel die Rechtsgenossen sittlich gebunden, durch Einführung eines Rechtszwangs dafür zu sorgen, daß die Leistung wirklich erfolge. Sodann ist der Berechtigte gewillt, mit aller Macht die Erfüllung der Verbindlichkeit durchzusetzen, und er ist dabei durchaus nicht immer von sittlichen, sondern in der Mehrzahl der Fälle von egoistischen Motiven geleitet. So erklärt es sich, warum im Recht soviel auf den äußeren Erfolg ankommt. Dem Gläubiger liegt daran, zu dem Seinigen zu kommen, des Schuldners Streben, ihm dazu zu verhelfen, ist ihm ziemlich gleichgültig. Hier gilt es nun, sich zu entscheiden. Legt man auf den eben hervorgehobenen Differenzpunkt zwischen Recht und Sittlichkeit entscheidendes Gewicht, dann gerät das Recht geradezu in Gegensatz zur Sittlichkeit. Man nähert sich dann mehr oder weniger der Auffassung von Gumplovicz, derzufolge das Recht im wesentlichen nichts ist als der Ausdruck sozialer Machtver-

hältnisse sozialer Gruppen. Daß die um die Macht ringenden Gruppen im wesentlichen von egoistischen Motiven geleitet werden, wird sich schwerlich leugnen lassen. Der Egoismus nun will die Leistung sehen, die Gesinnung in der sie dargebracht wird, ist ihm zunächst gleichgültig. Der gewitzigte Egoismus fragt freilich auch nach der Gesinnung, aber sie interessiert ihn nicht, soweit sie gut oder schlecht, sondern nur soweit sie ihm gefährlich oder ungefährlich erscheint. Wir können leider nicht behaupten, daß eine solche auf den Egoismus sozialer Machthaber abstellende Rechtsauffassung in Anbetracht der tatsächlichen Verhältnisse gänzlich aus der Luft gegriffen ist. Wir halten sie indessen für unrichtig aus folgenden Gründen: Wenn schon bei den sozialen Machthabern der Egoismus im Vordergrund steht, so sind sie doch nicht gänzlich ohne sittliches Gewissen. Auch muß der Herrschende stets den Beherrschten mancherlei Konzessionen machen und diese glauben mit Recht am weitesten zu kommen, wenn sie ihre Forderungen im Namen der Sittlichkeit aufstellen. Endlich ist die Welt glücklicherweise so eingerichtet, daß die Sache der Sittlichkeit vielfach, auch ohne zum Ziel bewußter Politik gemacht zu sein, Förderung erfährt. So kommt es, daß wir den Gehorsam gegenüber der Rechtsordnung als sittliche Pflicht bezeichnen können und daß wir, ohne damit eine ganz unpraktische utopische Forderung auszusprechen, sagen dürfen, das Recht sollte dem gleichen Zwecke dienen wie die Sittlichkeit, der Verwirklichung der höchsten Bestimmung des Menschen. Wir halten es also für gerechtfertigt, das Recht als eine Art Sittlichkeit in Anspruch zu nehmen. Gleichbedeutend mit Sittlichkeit ist das Recht nicht, und zwar auch dann nicht, wenn man ganz davon absieht, daß im Recht neben dem sittlichen Streben noch zahlreiche andere Kräfte zur Wirksamkeit gelangen. Wenn alle Menschen den denkbar besten sittlichen Willen hätten, dann wäre doch ein Recht als eine Organisation eine von einer Zentralstelle ausgehende planmäßige Ordnung des Lebens erforderlich: das Recht ist positive Sittlichkeit. Wenn es sich nun um die Bestimmung der Persönlichkeiten handelt, die zur Aufstellung des Rechtsplans berufen werden sollen, so wird man mit den tatsächlichen Gewalthabern vorlieb nehmen müssen. Das Recht hat nur Sinn als geltende, d. h. von der Mehrzahl der Volksgenossen anerkannte Ordnung, man wird daher vernünftigerweise diejenigen als Träger der Rechtsgewalt anzuerkennen haben, von denen anzunehmen ist, daß sie allgemein Gehorsam finden werden. Aus dem gleichen Grunde darf auch der ethisch hochstehende Gesetzgeber bei Aufstellung seiner Normen die moralische Schwäche und den Egoismus der Volksgenossen nicht unberücksichtigt lassen, nur ein



dem moralischen Standard der Volksmehrheit angepaßtes Recht hat Aussicht auf Bestand. Wir sehen, daß die Einführung des Moments der Geltung in die Definition des Rechtes uns Gelegenheit gibt, den amoralischen Beimischungen des Rechtes Rechnung zu tragen. Das ist etwas anderes, als wenn man von vornherein erklärt, daß das Recht sich mit dem äußerlich richtigen Verhalten begnügt und damit eine Behauptung aufstellt, die ohne sehr eingehenden Kommentar zu den ärgsten Mißdeutungen Anlaß gibt.

Von dem, was Huber über die Logik sagt, scheint uns in erster Linie die Ausführung über eine Wirkung des logischen Denkens, beachtenswert, die man vielleicht als dessen Katharsis bezeichnen könnte. Die Logik „erhebt den Gesetzgeber wie den Richter, sie erhebt jedermann, der an der Rechtsverwirklichung überhaupt beteiligt wäre, über alle die Emotionen, die sich aus unserm Gefühlsleben ergeben können, über Zorn, Angst, Rache, Selbstsucht, Neid und wie diese Motive sonst heißen mögen“ (S. 57). Nicht ohne Erstaunen begegnet der Leser in dem Abschnitt über die Logik gewissen allgemeinen Anforderungen an den Inhalt einer jeden Rechtsordnung. Die Logik verlangt nach Huber die Anerkennung gewisser Rechtsbegriffe, wie z. B. des Eigentums, des Vertrags, des Erbrechts. Sachlich ist gegen die aufgestellten Postulate nicht allzuviel einzuwenden, wenn man beachtet, wie inhaltsarm hier Huber Begriffe wie Eigentum und Erbrecht gefaßt wissen will, aber in das Kapitel der Rechtslogik wird man sie keinesfalls einstellen dürfen. Die Logik wird von Huber in dem gebräuchlichen formalen Sinn gefaßt und die Lehre vom richtigen Denken muß reingehalten werden von den inhaltlichen Momenten, die Huber in sie aufnehmen will. Insoweit ist die Polemik Kelsens gegen Huber (in der oben angeführten Abhandlung) nicht unberechtigt. Die Ausführungen des Verfassers über die Logik finden ihren Abschluß in einer Gegenüberstellung von logischer und ethischer Gleichheit. Die ethische Gleichbehandlung „in Betrachtung der Stellung des Individuums in der Gemeinschaft nach kollektivistischem Bewußtseinsinhalt gegenüber dem individualistischen“ (S. 60), soll die Billigkeit sein. Mit Recht meint Rümelin, es sei doch sehr zweifelhaft, ob damit etwas für die Billigkeitsbetrachtung Charakteristisches ausgesagt werde. (Max Rümelin, Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921, S. 62/3.) Da die Frage nach dem Wesen der Billigkeit nun einmal aufgeworfen wurde, suchen wir in Kürze zu ihr Stellung zu nehmen. Den Ausgang nimmt man wohl am besten von der aristotelischen Auffassung der Billigkeit, derzufolge sie eine Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles ist. Die allgemeine gesetzliche Regel nivelliert oft bedeutungsvolle Verschiedenheiten, denen der

Gesetzgeber dann in der Weise Rechnung trägt; daß er Abweichungen von der Regel der Billigkeit des Richters anheimstellt<sup>2)</sup>. In diesem Sinne könnte man den Ausspruch fassen wollen, daß Billigkeit das Recht zu meistern hat. Möglich ist auch, daß wegen der Verwickeltheit der zu regelnden Lebensverhältnisse der Gesetzgeber von vornherein von der Aufstellung eingehender allgemeiner Anweisungen an den Richter absieht und die zu treffende Entscheidung im wesentlichen seinem billigen Ermessen überläßt. Mit alledem ist über die Billigkeit noch nicht sehr viel gesagt; sie hätte in Funktion zu treten da, wo das Gesetz wegen seiner allgemeinen Fassung mit Rücksicht auf besondere nicht vorgesehene Umstände einer Korrektur bedarf oder wo mit Rücksicht auf das unvermeidliche Eintreten solcher Umstände eine allgemeine Regelung von vornherein nicht gegeben wurde. Sollte die Billigkeit im Recht wirklich nichts anderes sein als das in Ansehung des konkreten Falls richtige Recht? Ich halte es nicht für unmöglich, daß die Billigkeit vielfach in diesem Sinne genommen wird; es würde in einem derartigen Gebrauch nichts schlechthin Sprachwidriges liegen. Ein Gesetzgeber mag es für gänzlich gleichbedeutend halten, ob er den Richter auf das der Natur der Sache Entsprechende, das objektiv Vernünftige oder die Billigkeit verweist. Indessen besteht doch wohl ein sachliches Bedürfnis der Billigkeit eine etwas pointiertere Bedeutung zu geben. Rümelin faßt das Ergebnis seiner höchst sorgfältigen begrifflichen Untersuchungen über die Billigkeit dahin zusammen: „Billigkeit ist also . . . auf dem Gebiet des Rechts die Norm, die dem Urteiler sein im Einklang mit der Volksüberzeugung gedachtes Rechtsbewußtsein an die Hand gibt“ (a. a. O. S. 56). Auch damit scheint uns die Eigenart der Billigkeit noch nicht getroffen. Die Übereinstimmung mit der Volksüberzeugung ist etwas mehr oder minder Illusorisches, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle müßte der Richter, der auf eine Übereinstimmung seines Urteils mit Volksüberzeugung abstellen wollte, schließlich auf ein: *le peuple c'est moi* herauskommen. Was sodann das Rechtsbewußtsein betrifft, so ist es, wie hier nicht näher ausgeführt werden kann, schließlich immer die letzte Instanz für das objektiv Richtige. Viel näher kommt u. E. Rümelin dem wahren Wesen der Billigkeit nach einer ihrer funktionellen Seite gewidmeten Untersuchung in folgenden Sätzen: „Die Stellung der Billigkeitsfrage ruft das Bewußtsein wach, daß man es mit dem Menschenwohl und

<sup>2)</sup> Der Satz, auf dem die ganze Argumentation des Aristoteles hinsichtlich des Wesens der Billigkeit beruht, daß jedes Gesetz allgemein ist und bei manchen Dingen richtige Bestimmungen durch ein allgemeines Gesetz sich nicht geben lassen, spielt eine große Rolle in Platons Staatsmann.

Menschenwehe, und zwar mit dem Wohl und Wehe bestimmter, dem Richter vor Augen stehender Menschen von Fleisch und Blut zu tun hat. Gerade dies ist es, was uns schon beim Klang des Wortes Billigkeit entgegentritt und was, vor allem dem Deutschen, die Billigkeit anheimelnder erscheinen läßt als die Gerechtigkeit, bei der sich, auch wenn man nicht an die Gesetzesgerechtigkeit denkt, die Vorstellung der Abstraktion und Regelbildung, der logischen Ableitung aus bewußt gesetzten Zwecken, in den Vordergrund drängt“ (S. 80). Auf Beobachtungen dieser Art habe ich eine moralphilosophische Theorie der Gerechtigkeit und der Billigkeit zu gründen gesucht. (Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Bd. I, S. 81 ff.) Menschliche Unvollkommenheit, so haben wir ausgeführt, verhindert uns, das jeweils allen Umständen angemessene sittliche Handeln ausfindig zu machen, nötigt uns zur Einseitigkeit, zur Wahl zwischen der Verhaltensweise der Gerechtigkeit und der Barmherzigkeit, die wir warmherzige Nächstenliebe nannten: Der Gerechte und der Barmherzige wollen beide das Beste ihrer Nebensmenschen, aber der Gerechte läßt — vielleicht schweren Herzens — über den für nötig befundenen Verallgemeinerungen die Besonderheiten der jeweils gegebenen Lebenslage außer acht, während der Barmherzige mehr vom Gefühl geleitet sich ganz diesen Besonderheiten hingibt. Natürlich finden wir im Leben die reinen wissenschaftlichen Typen nicht verwirklicht, kein Gutgesinnter ist ausschließlich gerecht oder ausschließlich barmherzig, wohl aber nahezu jeder vorzugsweise entweder der einen oder der anderen Klasse beizuzählen. Es handelt sich um in der geistigen Konstitution begründete moralische Temperamente, die auch auf dem Gebiet des Rechtes eine Rolle spielen. Freilich überwiegt hier die Gerechtigkeit, aber auch die Barmherzigkeit übt ihren Einfluß, und zwar vorwiegend da, wo der Richter auf sein billiges Ermessen hingewiesen oder gar eine Gnadeninstanz eingeführt wird. In dem Hinweis auf die Billigkeit liegt ein Appell an das Sympathiegefühl und dieses Gefühl hat eine individualisierende Richtung, wenschon der Richter, auch wenn er nach Billigkeit zu entscheiden hat, nie vergessen darf, daß ein einzelner Richterspruch leicht einer allgemeinen Rechtsübung zur Grundlage dienen kann. Wenn also auch der Billigkeit des Richters das Moment der Barmherzigkeit die Eigenart verleiht, so tritt es doch nur auf als ein modifizierender Faktor und die billige richterliche Entscheidung braucht den für das Recht geltenden Primat der Gerechtigkeit nicht durchaus zu verleugnen<sup>3)</sup>.

<sup>3)</sup> Wenn Rümelin meine Auffassung der Billigkeit für rückschrittlich erklärt, insofern ich Billigkeit und Liebespflichten vermenge, so übersieht er dabei, daß die Liebe für mich nach meiner Moral und Rechtstheorie den

Wir erinnern uns jetzt daran, daß Huber sich vorgenommen hatte, nach Besprechung des Verhältnisses von Logik und Ethos die Frage nach dem Verhältnis des Sittengesetzes zur Rechtsordnung in Angriff zu nehmen. Wir haben aus dem diesbezüglichen Abschnitt oben bereits hervorgehoben, daß im Falle eines Konfliktes zwischen Rechtspflicht und sittlicher Pflicht, dem armen Individuum kein Vorwurf darauf gemacht werden kann, wenn es sich in seiner sittlichen Verpflichtung der Gemeinschaft opfert. Hier möchten wir vor allem auf den Satz des Verfassers hinweisen, „daß die Befolgung des Rechts auch von dem Sittengesetz postuliert wird“. (S. 73.) Wir sind damit an und für sich durchaus einverstanden, nur ist uns nicht völlig klar geworden, unter welchen näheren Voraussetzungen Huber eine sittliche Pflicht zur Befolgung des Rechtes anerkennt. Daß eine solche Pflicht ganz unbedingt gegeben sei, ist offenbar nicht Hubers Meinung, da er andernfalls nicht davon reden könnte, daß sich ein Individuum in seiner sittlichen Verbindlichkeit dem Recht, ohne schuldig zu werden, opfern könne. Auch kann Huber nicht annehmen, daß es nicht sittliche Verbindlichkeit sei, einen von Fanatismus ergriffenen Gesetzgeber, der den Rechtsgenossen die Niedermetzlung aller Andersgläubigen anbefiehlt, den Gehorsam zu verweigern. Gewiß besteht eine sittliche Pflicht, dem Gebot der Rechtsordnung nachzukommen, aber diese moralische Verbindlichkeit steht unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß das rechtliche Verbot nicht ein schwer unsittliches Verhalten zum Gegenstand hat. Das Gebot, der Obrigkeit untertan zu sein, gehört in die Kasuistik der Moral: gerät es mit andern Vorschriften in Konflikt, so ist die Entscheidung auf Grund des obersten Prinzips der Sittlichkeit zu treffen. Wenn dies bei Huber nicht deutlich wird, so rächt sich hier eben wiederum, daß von einer Stellungnahme zu den letzten Fragen der Moral- und Rechtsphilosophie überhaupt Abstand genommen wird.

Oberbegriff für Gerechtigkeit und Billigkeit bilden muß. Gerechtigkeit und Billigkeit müssen besondere Verhaltensweisen der Menschenliebe sein. Ich bestimmte diese Besonderheiten nun dahin, daß die Gerechtigkeit bei Aufsuchung des richtigen Verhaltens das Leben durch das Prisma der allgemeinen Regel sieht, während die Billigkeit sich an den einzelnen Fall hingibt. In Anbetracht der oben angeführten Äußerungen Rümelsins über die Billigkeit kann ich bei bestem Willen zwischen seiner und meiner Auffassung der Billigkeit keinen andern Unterschied sehen als den, daß die vom kasuistischen Standpunkt für mich das gleiche wie für ihn bedeutende Billigkeit von mir als eine Art juristischen Ablegers der Barmherzigkeit in den Zusammenhang meiner Moralphilosophie gestellt wurde. Rümelsins Darlegungen sind mir eine wertvolle Bestätigung meiner Theorie der Gerechtigkeit und Billigkeit gewesen.



Die zweite Abteilung ist den Aufgaben des Rechts gewidmet. Eine Inhaltsübersicht gibt folgender Satz: Das Recht, sagen wir, hat die Interessen, die Bedürfnisse in der Gemeinschaft und was sich daran knüpfen läßt, zu ordnen, es hat sich mit der natürlichen Freiheit der Menschen auseinanderzusetzen und mit der Macht der Menschen abzurechnen. (S. 82.) Die Ausführungen über die Ordnung der Gemeinschaft sind in der Weise eingeteilt, daß zuerst von der Struktur der Gemeinschaft, dann von den ordnenden Prinzipien, endlich von dem Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft gehandelt wird.

Die Struktur der Gesellschaft beruht in erster Linie auf dem Dualismus der menschlichen Natur, auf der Unterscheidung von Individualwesen und Kollektivwesen. „Wir sind genötigt, im Menschen sowohl eine Individualexistenz als eine Kollektivexistenz anzuerkennen. Wer das eine ohne das andere annehmen oder auch nur als möglich anerkennen wollte, der würde sich mit der menschlichen Natur selbst in Widerspruch setzen.“ (S. 87.) In der so von Natur gegebenen Gemeinschaft finden wir als eigentümlichsten Zug einen steten Wechsel. Der Verfasser weiß eine sehr schöne Erklärung für dieses Phänomen zu geben. Die menschliche Gesellschaft beherrscht nicht ein sich in beständiger Gleichförmigkeit erhaltender Instinkt, sondern die Vernunft der einzelnen als „eine Kraft, die im Wechsel der Verhältnisse bald so, bald anders geübt wird.“ (S. 90.) Nimmt man zu diesen Erwägungen hinzu, daß die Gemeinschaft von äußeren Lebensbeziehungen abhängig ist, wie Geschlechtsverkehr, Familie und Blutsverwandtschaft, Klima, Ernährung, Arbeitsgelegenheit usw., so gelangt man „zu einer Umschreibung der menschlichen Gesellschaft als einer solchen, die einerseits mit der Existenz der Menschen notwendig gegeben ist, die aber andererseits ihre Gestalt unter dem Einfluß der wechselnden Lebensbedingungen unablässig zu ändern vermag und tatsächlich verändert.“ (S. 91.) Gemäß der Unterscheidung von Individualität und Kollektivität lassen sich alle gesellschaftlichen Lebensverhältnisse in individualistische und kollektivistische scheiden. Interessant ist des Verfassers Begriffsbestimmung des Sozialen: durch das Sozialmoment wird das Verhältnis bestimmt, in dem das Individualmoment und das Kollektivmoment zueinander stehen.

Der ordnenden Prinzipien gibt es drei: Das kognitive, das agitative und das regulative. Das kognitive Prinzip betrifft die Verknüpfung der Ereignisse nach dem Satz von Ursache und Wirkung. Von dieser Betrachtungsweise unterscheidet sich scharf, nach dem Verfasser vielleicht noch schärfer als in Wirklichkeit, die teleologische. Bei dieser handelt es sich um die Verknüpfung von Mittel

und Zweck. Das zweifellos vorhandene und zu respektierende Streben nach Bedürfnisbefriedigung steht unter dem agitativen Prinzip. So wenig wie das kognitive kann das agitative Prinzip das letzte Wort haben in rechtlichen Dingen. Wir unterwerfen „unsere Bedürfnisse und die ihnen dienenden Mittel einer Prüfung nach ihrer, unserem Bewußtsein entsprechenden Statthaftigkeit. Nicht nur die Zweckmäßigkeit wird erwogen, sondern vor allem das Verhältnis zu unserem Bewußtseinsinhalt“. (S. 99.) In diesem Bewußtseinsinhalt finden wir dann die Regel unseres Verhaltens, die Vernunftidee, die mit Beziehung auf das Recht die Form der Rechtsidee annimmt, und wir sind imstande, unter Umständen entgegen unseren Bedürfnissen unser Verhalten der Rechtsidee entsprechend zu gestalten. Damit sind wir zum regulativen Prinzip gelangt. Wollte nun jemand einwenden, daß die Rechtsidee doch wohl auch der Ausdruck eines menschlichen Bedürfnisses, wenn schon eines besonders vornehmen sei, so würde ihm die kurze Replik zuteil: „Wir empfinden die Bedürfnisse anders als die Ideen. Während wir bei der Befriedigung der Bedürfnisse einen äußeren Zweck setzen, ist bei den Ideen ein solcher Zweck nicht postuliert, und dennoch folgen wir ihnen und sollen wir ihnen folgen. Darin liegt der große Unterschied zwischen den beiden.“ (S. 99.) Hierauf als Duplik: Es ist nicht richtig, daß die Ideen anders empfunden werden als die Bedürfnisse, sie werden nur als andere Bedürfnisse empfunden, als die äußeren, materiellen Zwecke, von denen der Utilitarismus zu reden weiß. Auch werden sie samt und sonders empfunden als auf uns wirkende wenn schon nicht unwiderstehlich wirkende Kräfte. Mit den unüberbrückbaren Gegensätzen, die zwischen den erwähnten Prinzipien bestehen sollen, ist es nichts.

Schon im ersten Teil unserer Ausführungen wurde darauf aufmerksam gemacht, daß der Verfasser uns nichts näheres über den Inhalt der Rechtsidee sagt. Wir bekommen über die Behandlung des Verhältnisses von Individuum und Gemeinschaft nach Maßgabe der Rechtsidee nur die Auskunft: daß die Rechtsidee als Richtung des Bewußtseins von uns nicht mehr und nicht weniger verlangt als: „sich in allen den Fragen der Ordnung des Gemeinwesens gegenüber dem Individuum von dem vernünftigen Bewußtsein leiten zu lassen und nicht von Nebenabsichten.“ (S. 109.) So großes Vertrauen auch der Verfasser in die Vernunft des einzelnen zu setzen scheint, so muß er doch zugeben, daß der eine dem Individuum, der andere der Kollektivität zuviel geben möchte. Er macht in Verfolgung dieses Gedankens sehr feine Bemerkungen über die besonderen Umstände, unter denen sich im Überwiegen des individuellen Unternehmergeistes oder der kollektivistischen Ordnung

leichter einstellt und Vorteile oder Nachteile bringt. Besonders beachtenswert scheinen mir ferner die Ausführungen über den Ursprung und das Wesen der beiden charakteristischen Typen der Gemeinschaft der Herrschaft und der Genossenschaft, über den geschichtlichen Prozeß, in dem die Individuen wegen Mißbrauchs der Gemeinschaftsgewalt durch deren Träger sich emanzipieren, um dann schließlich wieder mit Hilfe der modernen staatlichen Organisation unter die Kontrolle der Kollektivität gebracht zu werden, über die Arten der Entlohnung für die von den Individuen der Gemeinschaft geleisteten Dienste, über die Stellung, die gegenüber den den Individuen vielfach zuteil werdenden unbilligen Bevorzugungen und Benachteiligungen im sozialen Leben der einzelne verständigerweise einnehmen sollte, endlich über die der individuellen Kritik an den Kollektivleistungen anzuempfehlende Vorsicht. (S. 115—130.) Eine in vager Unbestimmtheit gelassene Leitidee und eine Fülle wertvoller Einzelerwägungen eines in seltenem Maße kenntnisreichen, erfahrenen, klugen, gerecht denkenden Mannes — so könnte man vielleicht des Verfassers Darlegung des Verhältnisses von Individuum und Gemeinschaft charakterisieren.

Nach der Ordnung der Gemeinschaft wird das Verhältnis zwischen Recht und Freiheit abgehandelt. Dabei ist erst von den verschiedenen Arten des Rechtszwangs, dann von der Begründung des Rechtszwangs, endlich von den besonderen Gestalten, in denen uns die Freiheit entgegentritt, die Rede. Die Frage nach Zwang und Freiheit taucht bei der Regelung jeglichen Gemeinschaftsverhältnisses auf. Die Gemeinschaftsverhältnisse sind teils natürliche wie das Verhältnis zwischen Mann und Frau, das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, das gegenseitige Verhältnis zwischen Mitgliedern der Sippe und des Stammes, teils gewillkürte, die zur Befriedigung besonderer Bedürfnisse dienen. Hinsichtlich aller dieser Verhältnisse lassen sich Gestaltungen denken und zum großen Teil durch geschichtliche Beispiele belegen, die den weiten Raum zwischen der Anwendung gelindesten Zwangs und völliger Versklavung ausfüllen. Der Verfasser hat es versucht, „einige Grundsätze festzustellen, nach denen die Berechtigung auch der extremen Postulate nach der einen und nach der anderen Richtung geprüft werden kann, an deren Hand es also möglich sein sollte, eine gerechte Ordnung für die einzelnen Gemeinschaftsarten zu verstehen, zu rechtfertigen und möglichenfalls herzustellen.“ (S. 140.) Huber weist darauf hin, daß das Recht als Zwangsorganisation nicht an sich etwas Gutes ist, daß eine solche Organisation auch auf Fälschungen und die Verbreitung des Lasters zur Anwendung kommen kann, daß ferner das Recht das Gute wohl zu schützen und

zu fördern, nicht aber zu schaffen vermag, und daß man nicht gleich nach Recht und Gesetz rufen solle, wenn es gelte, eine für verderblich gehaltene Erscheinung zu bekämpfen. Sodann wird mit Nachdruck betont, daß bei der Bestimmung des Maßes an Zwang die nach den Lebensbedingungen eines Volkes tatsächlich gegebenen Verhältnisse berücksichtigt werden müßten. „Das Verhältnis der Ehegatten zueinander kann eine ganz andere Ordnung erfahren, je nachdem es sich um bauerliche Verhältnisse oder um Fabrikarbeit handelt, oder je nachdem die Ehegatten dem Handelsstand, oder dem Gewerbe, oder dem Beamtentum angehören.“ (S. 142.) Dies wird dann näher ausgeführt und es folgen weitere Beispiele. Endlich wird großes Gewicht auf die Erwägung gelegt, daß sich im allgemeinen die Menschen den Rechtszwang immer nur soweit gefallen lassen, als sie sich von seiner Notwendigkeit überzeugen können. Die Südseeinsulaner schließen sich zu einer Art staatlicher Gemeinschaft überhaupt nur jeweils ad hoc unter dem Druck einer äußeren Gefahr zusammen. Der Amerikaner ist jedem erheblicheren Rechtszwang abgeneigt, weil bei ihm sich die wirtschaftliche Bedrängnis in verhältnismäßig geringem Maße geltend macht. „Der intensivere Organismus des deutschen Staatswesens erklärt sich zu einem guten Teil aus den wirtschaftlichen und politischen Gefahren, denen von Osten und Westen das deutsche Volk ausgesetzt war.“ Hier äußert sich deutlich des Schweizers freiheitlicher Sinn: den Zwang nimmt man nicht als etwas selbstverständliches hin, man erträgt ihn nur, wenn er sich vor dem Forum der Vernunft durch besondere Gründe rechtfertigt. Wir pflichten diesen Darlegungen Hubers aus ganzem Herzen bei.

Die Begründung des Rechtszwangs macht keinem Schriftsteller irgendwelche Mühe, der dem Recht ethischen Charakter beilegt. Wenn man vollends wie Huber das Bewußtsein des einzelnen ursprünglich nicht nur auf ihn selbst als Individuum, sondern auch als Mitglied einer Gemeinschaft gerichtet sein läßt, so ist der Rechtszwang etwas so Natürliches, daß die Behauptung, er sei eine Beschränkung der natürlichen Freiheit kaum ganz gerechtfertigt scheint. Jedenfalls ist er keine Beschränkung der vernunftgemäßen Freiheit, denn diese bedeutet nicht die Abwesenheit von Schranken, an die uns unser Vernunftbewußtsein kraft unserer Kollektivnatur gebunden zeigt. „Recht und Freiheit stehen also nur in dem Sinn zueinander im Gegensatz, als das Recht, wie es ausgeprägt ist, mit dem Recht, das nach unserem Bewußtsein herrschen sollte, nicht immer übereinstimmt, oder dann aber, als man unter der Freiheit eine vernunftwidrige Ungebundenheit begreift. Für den frei wollen- den vernünftigen Menschen dagegen bildet das Recht den Ausdruck



seines Gemeinschaftsbewußtseins. Es ist für ihn mit der Freiheit gleichbedeutend.“ (S. 153.) Immerhin ist das Recht doch in einem gewissen Sinn Zwang und somit Beschränkung irgendeiner Art von Freiheit, es fordern also die vorstehenden Ausführungen dazu heraus, zwischen verschiedenen Arten der Freiheit zu unterscheiden. Huber kennt deren drei, die natürliche, die metaphysische und die politische Freiheit. Die natürliche Freiheit als Abwesenheit jeder Beschränkung der individuellen Willkür steht als leitendes Prinzip gedacht mit der menschlichen Natur im Widerspruch. Von dieser für das Recht wenig bedeutungsvollen natürlichen Freiheit geht der Verfasser über zur metaphysischen. Besitzt der Mensch einen freien Willen und was hat man vernünftigerweise unter einem solchen freien Willen zu verstehen? Verfasser antwortet auf die Frage mit Kant, daß dem Menschen Freiheit als Fähigkeit der Selbstbestimmung durch den vernünftigen Willen zugesprochen werden dürfe. Freiheit dieser Art tritt nach ihm insofern in Gegensatz zu der Lehre von einer alle äußeren und inneren Lebensvorgänge beherrschenden Kausalität als sie auf einer ganz anderen Betrachtungsweise beruht. Es handelt sich hier um verschiedene Richtungen unserer Erkenntnis. Gegenüber der Befürchtung, daß diese Auffassung einen unversöhnlichen Widerspruch in unser Vernunftbewußtsein hineintrage, erwidert der Verfasser, daß sub specie aeternitatis die beiden Richtungen sich treffen, daß die scheinbar gerade Linie, auf der der Determinist nach links der Indeterminist nach rechts geht, in Wahrheit die Linie eines unendlich großen Kreises sei, daß die Gegensätze zwar nicht in der Anschauung, wohl aber in Gedanken vereinbar seien. Wie nun aber auch immer die Versöhnung der Gegensätze bewerkstelligt werden mag, so viel scheint dem Verfasser sicher, daß die Kausalitätsbetrachtung, die auf den Gedanken der Freiheit beruhende Bewertung aus unserem geistigen Leben und vor allem aus unserem Rechtsleben nicht verdrängen kann. In interessanter, wennschon gewiß nicht unanfechtbarer Argumentation verknüpft der Verfasser die Unzulänglichkeit der Kausalmethode, die Unmöglichkeit, mit ihrer Hilfe namentlich auf psychischem und sozialem Gebiet die Vorgänge mit Sicherheit vorauszubestimmen, mit der Notwendigkeit der Anerkennung der Kategorie der Bewertung als einer von der der Kausalität spezifisch verschiedenen. Daneben zeigt auch eine nähere Analyse der Bewertung, daß in ihr ein Moment liegt, das über das Wissen von den Dingen und den kausalen Zusammenhängen hinausführt. Niemals läßt sich aus dem bloßen Wissen die Beurteilung, namentlich die Beurteilung als Recht oder Unrecht, Gut oder Böse, mit den ihr entsprechenden eigenartigen Handlungsimpulsen ableiten.

Das alles ist im wesentlichen nichts anderes als die Freiheits-, Sollens-Bewertungs-Beurteilungslehre des Kritizismus. Ich halte sie, wie ich mehrfach ausgeführt habe, für falsch. (Vgl. bes. Wissenschaft vom Recht, S. 70 N. 1.) Das proton pseudos ist die Annahme, daß die Konstitution unseres Geistes uns nötige, alles in der Welt als dem Gesetz der Kausalität unterworfen anzusehen. Man hat aus der Apriorität der Kausalität auf die Notwendigkeit geschlossen, ihr das Universum zum Geltungsgebiet zu geben; daß dies unrichtig ist, geht schon daraus hervor, daß der menschliche Wille von alters her von der überwiegenden Mehrzahl der Menschen und von einer Reihe der hervorragendsten Intelligenzen für frei gehalten worden ist. Die Unterwerfung des Universums unter das Kausalitätsgesetz ist ein Vorurteil, hinter dem der Imperialismus der Naturwissenschaften und die Autorität Kants stehen. So hoch man diese Mächte auch einschätzen mag, sie können nicht standhalten gegenüber der unbefangenen Beobachtung und dem Bedürfnis des Menschen, dem eigenen Willen Freiheit zuzusprechen. Es läßt sich darüber streiten, ob mit einem konsequenten Determinismus ein Strafrecht und überhaupt ein Recht vereinbar ist. Dagegen läßt sich schwerlich in Abrede ziehen, daß für eine große Zahl von Menschen mit dem Glauben an die Freiheit der eigentliche Reiz des Lebens aus der Welt verschwindet. Diese Menschen, zu denen sich auch der Rezensent rechnet, erklären, daß sie sich bei aller ernstesten Bemühung um den Kulturfortschritt also auch bei aller Mitarbeit am Recht geradezu lächerlich vorkommen würden, wofern sie die Freiheit als Illusion und alle ihre Handlungen als vorausbestimmt betrachten müßten.

Nur wenn man der Freiheit im metaphysischen Sinn innerhalb eines metaphysisch geschauten Weltbildes eine Funktion von überwiegender Bedeutung beizumessen vermag, darf man sich vom philosophischen Standpunkt aus zum Liberalismus bekennen. Daß der Staat dem einzelnen ein gewisses Maß an natürlicher Freiheit und auch an Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gestaltung des Rechtes einräumen muß, damit die metaphysische Freiheit in ihrem tatsächlichen Gebrauch nicht verkümmere, das sagt heutzutage einem jeden sein Vernunftbewußtsein. Insoweit das Freiheitsbedürfnis vom Staat berücksichtigt wird, kann man, von einer Anerkennung der politischen Freiheit reden und bei dieser eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche Seite unterscheiden. Der Verfasser betont besonders, daß ein Staat, der nicht das Freiheitsgefühl der Untertanen in Form der Revolution zum Ausdruck gelangen lassen will, gut daran tut, den Untertan zum Teilhaber an der Staatsgewalt zu machen.

Den Abschluß der zweiten Abteilung des Werkes bildet eine Ausführung über Recht und Macht. Erst wird die Macht, dann die Rechtsordnung, endlich das Verhältnis von Recht und Macht ins Auge gefaßt. Die Macht ist die Fähigkeit, den Willen zu verwirklichen, sie äußert sich nicht nur da, wo es zu einem Konflikt kommt, „sondern mit jeder Handlung, die im menschlichen Zusammenleben auftritt“ (S. 194). Als ein Element solchen Handelns ist die Macht von vornherein der Vernunft unterworfen, man hat nicht die Macht, alles nach den jeweils gegebenen physischen Bedingungen Mögliche, sondern nur das mit der Vernunft im Einklang Stehende zu tun. Diese Vernunftsschranke ist aller Macht von vornherein inhärent und wird ihr nicht etwa, wie Karl Ludwig von Haller meinte, durch ein Gesetz übermenschlichen Ursprungs von außen her auferlegt. Die Rechtsordnung, zu der die Macht in Beziehung gesetzt werden soll, tritt in die Erscheinung, sobald Menschen sich zur Erreichung gemeinsamer Zwecke zusammenfinden und in ein Verhältnis geregelter Zusammenarbeit treten. Kann von einer Rechtsordnung denn aber auch geredet werden, insoweit zwei im Naturzustand lebende Personen miteinander einzelne Verträge eingehen? Die Frage ist zu bejahen: es entstehen Rechtsverhältnisse. Zweifelhaft kann nur sein, ob man annehmen soll, die zwischen den beiden Personen bestehende Gemeinschaft bringe eine Rechtsordnung hervor oder ob man nicht richtiger von einer ursprünglich zwischen allen Menschen bestehenden Gemeinschaft auszugehen hat, die durch die Verträge zwischen Robinson und Freitag in eine rechtliche Ordnung übergeleitet wird. Der Verfasser spricht sich zugunsten der letzterwähnten Möglichkeit aus. Er meint, die Annahme einer zwischen allen Menschen bestehenden Gemeinschaft werde dem in Bildung begriffenen Völkerrecht als wissenschaftliche Grundlage dienen können. Nicht nur an dieser Stelle gibt Huber seinem Glauben an die Zukunft des Völkerrechts Ausdruck. Jeder, der diesen Glauben teilt, muß seine Freude daran haben, wie trefflich der große schweizer Jurist in seiner Stellungnahme zum Völkerrecht einen hohen Rechtsidealismus mit nüchterner Beurteilung der gegebenen Zustände zu vereinigen weiß. Die zwischen Staaten bestehenden Rechtsverhältnisse, lehrt Huber, könnten nur dann den Rechtsverhältnissen zwischen Angehörigen eines Staates gleichgesetzt werden, wenn die zwischenstaatliche Ordnung mit derselben Intensität entwickelt wäre, wie die innerstaatliche, und wenn das Entstehen und die Anerkennung von Staaten als Rechtssubjekten einer allgemeinen Regelung unterstellt würden. Tiefgreifend, wenn auch leider etwas knapp, sind die Bemerkungen über die Beurteilung der Rechtsverhältnisse zwischen Kollektivitäten durch das Rechtsbewußtsein (S. 211,

Note 1). Ganz mit Recht erklärt Huber das Kollektivbewußtsein des Individuums für die Instanz, die darüber zu entscheiden hat, wie die Rechtsverhältnisse zwischen den Kollektivitäten gestaltet werden müssen, um der Rechtsidee zu entsprechen. Auch macht er durchaus zutreffend darauf aufmerksam, daß „Urteil und Wertung gegenüber den Staatengemeinschaften viel schwieriger und gefahrvoller sind als dieselbe Vernunftbetätigung unter den Individuen“. Es macht sich daher gerade an dieser Stelle ein besonders dringendes Bedürfnis geltend, daß die Wissenschaft sich nicht mit einem Blankett-hinweis auf das vernünftige Bewußtsein begnüge, sondern die Arbeit der individuellen Vernunft durch eine systematische philosophische Erörterung unterstütze. — Welches nun auch immer die Subjekte sein mögen, die durch Rechtsbeziehungen miteinander verknüpft werden, das Recht bedarf der Macht. Bisweilen findet das Recht eine Macht vor, die es in seinen Dienst stellen kann, wie z. B. bei Regelung der väterlichen Gewalt; dabei kommt es dann wohl zu einer Steigerung der Macht, „indem der der Gewalt Unterworfenene seiner Gehorsamspflicht bewußt ist“ (S. 217). In der Mehrzahl der Fälle aber wird das Recht genötigt sein, die Macht zu organisieren. Aus den weiteren Ausführungen über Recht und Macht scheinen mir die dem Träger der Staatsgewalt des nähern die dem Volk als Träger der Staatsgewalt gewidmeten besondere Aufmerksamkeit zu verdienen. Wer so viel Vertrauen wie Huber in das vernünftige Bewußtsein des einzelnen setzt, der muß das Volk als den geborenen Träger der Gemeinschaftsgewalt ansehen. Nicht das Prinzip der Volkssouveränität bedarf der Begründung, wohl aber das mit ihm untrennbar zusammenhängende Mehrheitsprinzip: „In der Demokratie ist die Mehrheit König“ (S. 234). Für den Verfasser liegt die Rechtfertigung dieses Prinzips „nicht in der besseren Einsicht der Mehrheit, wohl aber in der größeren formalen Garantie für die Ausschließung unangebrachter Interessen, Bestrebungen und Beunruhigungen“ (S. 236). Zum Schluß weist dann der Verfasser in schönen Darlegungen darauf hin, daß die Macht die Dienerin des Rechtes sein solle, daß die Macht böse sei, wenn sie dem Recht widerstrebe, daß das Recht nach Macht verlange, aber darum nicht aufhöre, Recht zu sein, wenn es ihm im gegebenen Fall an der Macht, seine Gebote zu verwirklichen, mangle, und endlich, daß die Macht dem Recht nicht vorgehe, sondern so lange einen Makel an sich trage, bis sie sich unter der Einwirkung der Rechtsidee in Recht verwandelt habe.

In der letzten Abteilung des Werkes, die überschrieben ist von der Rechtsverwirklichung, wird zunächst die Rechtsgestaltung als eine Voraussetzung der Rechtsanwendung, dann werden die Realien



behandelt. Hierauf ist von der Rechtsanwendung die Rede, und diese führt auf die für die Rechtsverwirklichung so bedeutungsvollen Faktoren des juristischen Denkens und der bewährten Lehre.

Realisiert werden kann nur ein Recht, das zuvor eine objektive Gestalt erhalten hat. Eine solche erhält es in der Gesetzgebung. Auf die Gestaltung des Rechtes durch die Gesetzgebung übt die Bildung der Gemeinschaften Einfluß und diese ihrerseits hängt ab von dem Selbstbestimmungsrecht der Völker. Der erste Schritt zur Gestaltung des Rechtes ist dann getan, wenn durch das Bewußtsein der Gemeinschaftsglieder aus einer gleichmäßigen Übung eine Regel abstrahiert und als maßgeblich anerkannt wird. In diesem Fall ist eine Rechtsgewohnheit zum Gewohnheitsrecht geworden, ein Rechtssatz ist entstanden. Eine vollkommene Rechtsgestaltung aber ist damit noch nicht gegeben. Von einer solchen reden wir erst dann, wenn die Entwicklung des Gemeinschaftslebens es mit sich gebracht hat, daß eine nach unverbrüchlichen Rechtssätzen organisierte Gewalt als fähig zur Formulierung von Rechtssätzen — auch von solchen, die sich auf ihre eigene Verfassung beziehen — von den Rechtsgenossen anerkannt wird. Eine Gewalt dieser Art ist gesetzgebende Gewalt, Gesetzgeber. Sehr hübsch ist, was der Verfasser über das Gesetz als Rechtsquelle und als Rechtsspiegel sagt. (S. 254 f.) Quelle des Rechtes ist das Gesetz, insofern die Rechtssätze so zu gelten haben, wie sie von dem Gesetz formuliert werden, Spiegel, insofern der Gesetzgeber das Recht nicht erfindet, sondern nur zum Ausdruck bringt, was der Rechtsüberzeugung der Volksgenossen entspricht. — Das Recht wird von der Gemeinschaft gestaltet; wie aber bildet sich die Gemeinschaft? Der Verfasser handelt zunächst von einigen immer wiederkehrenden gemeinschaftsbildenden Momenten, Kohäsionsfaktoren, von denen örtliche Zusammengehörigkeit, gemeinsame Abstammung und Sprache, religiöse oder konfessionelle, sowie Standeszusammengehörigkeit besprochen werden. Daß es sich bei diesen Momenten nicht um unerläßliche Voraussetzungen der Gemeinschaftsbildung handelt, beweist die schweizerische Eidgenossenschaft. (S. 266.) Neben den Kohäsionsfaktoren ist der Zweck der Gemeinschaftsbildung in Betracht zu ziehen. Der Verfasser begnügt sich hier mit einigen kurzen Bemerkungen und wendet sich darauf der Frage zu: mit welcher Kraft erfaßt und bestimmt die Gemeinschaft auf Grund ihrer erfolgten Gestaltung ihre Mitglieder? Bei Behandlung dieses Problems wird zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Gemeinschaften unterschieden. Hinsichtlich der ersteren gibt der Verfasser den praktisch sehr bedeutungsvollen Wink, daß es angemessen sein möchte, das Recht, jederzeit aus der Gemeinschaft auszutreten, in personen-

rechtlicher Beziehung anders als in vermögensrechtlicher zu regeln. Aus den Ausführungen über den Austritt aus öffentlich-rechtlichen Gemeinschaften und den Eintritt in solche interessiert vor allem, was der Verfasser über den Austritt und Übertritt ganzer Staatsgebiete zu sagen weiß. Hier sind wir ja bekanntlich auf Neuland. Grundsätzlich fordert der Verfasser für jede Loslösung eines Teiles die Zustimmung des Ganzen, aus dem die Loslösung erfolgt. Will ein sich loslösender Landesteil (oder eine selbständige Gemeinschaft) einer anderen Gemeinschaft beitreten oder sich mit ihr zu einem neuen Ganzen verbinden, so bedarf es einer Zustimmung dieser Gemeinschaft. „Diese formale Betrachtung vermag nun aber selbstverständlich solche Vorgänge in ihrer ganzen gewältigen Bedeutung nicht befriedigend zu umschreiben.“ (S. 275.) Offenbar wird in vielen Fällen die Zustimmung des Ganzen zu der Loslösung aus materiellen und egoistischen Gründen verweigert werden, und unser Rechtsbewußtsein wird sich bei der ablehnenden Entscheidung nicht ohne weiteres beruhigen können. Daher sagt denn der Verfasser ganz mit Recht: Eine Ordnung dieser Frage der Lostrennung, Verselbständigung oder Übertragung der Hoheit von einem Staat zum andern für einzelne Landesteile läßt sich als der Verwirklichung zugänglich nur unter dem Gesichtspunkt betrachten, daß man zu der Anerkennung eines überstaatlichen Rechtes gelangt, das auch für solche Fälle eine zwingende Norm aufstellen würde. Ein solches Recht aber wäre ein erweitertes Völkerrecht oder geradezu ein Staatenbund.“ (S. 277.) So bedeutungsvoll die nun folgenden Betrachtungen über das Selbstbestimmungsrecht der Völker, insbesondere über die Voraussetzungen, unter denen von einem Volk zu reden ist, über den Modus der Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes und über die Berücksichtigung der durch die Lostrennung verletzten ökonomischen Interessen uns auch an sich erscheinen, wir lassen sie hier beiseite, damit des Lesers Aufmerksamkeit sich voll der Tatsache zuwende, daß sich einer der erfolgreichsten Rechtshistoriker und praktischen Juristen unseres Jahrhunderts heute noch zu dem Glauben an den kommenden Bund der vereinigten Staaten Europas bekennt. Huber teilt uns mit (S. 280 Nr. 1), daß er im Anfang des großen Krieges sich dahin geäußert habe, er halte es „für aussichtsvoll, daß sich ein Bund der Vereinigten Staaten von Europa bilden werde, allerdings unter einer Hegemonie, solange nicht die großen Staaten sich in Landesstaaten eines großen Bundesstaates verwandelt haben werden“. Und er fügt hinzu: „Das ist auch heute noch nach meiner Auffassung eine Perspektive, in die sich kommende Generationen hineinleben werden, wenn sich mit formaler Gewalt durch die Logik der Tatsachen das Ideal Kants verwirklichen wird,

wie dieser es am Schluß seiner Abhandlung „Zum ewigen Frieden“ mit den Worten zeichnet: „Wenn es Pflicht ist, den Zustand eines öffentlichen Rechtes, obgleich nur in einer ins Unendliche fortschreitenden Annäherung wirklich zu machen, so ist der ewige Friede keine leere Idee, sondern eine Aufgabe, die nach und nach aufgelöst, ihrem Ziele (weil die Zeiten, in denen gleiche Fortschritte geschehen, hoffentlich immer kürzer werden) beständig näher kommt.“

Schon oben haben wir die Realien als eines der Elemente des Rechts kennen gelernt. Ihre volle Bedeutung, meint Huber, kann man erst im Hinblick auf die Rechtsverwirklichung erfassen. Auf „zwei allmächtige Momente“ wird die Entstehung der formulierten Rechtssätze zurückgeführt: auf die Ideen und auf die Realien. „Die Ideen schaffen den Antrieb, in der Ordnung der menschlichen Gemeinschaft die Gerechtigkeit zu verwirklichen.“ Dagegen stellen sich uns die Realien „als die tatsächlichen Verhältnisse, als die realen Mächte dar, mit denen unter jeder menschlichen Vergesellschaftung gerechnet werden muß“. (S. 282.) Die vom Verfasser in Betracht gezogenen Realien sind: der Mensch, die natürlichen Verhältnisse, in denen er lebt, und die vorhandenen Rechtszustände, die Überlieferung. Der Mensch wird zunächst als Individuum und sodann in seiner kollektivistischen Existenz ins Auge gefaßt. Bei ersterer Betrachtung stoßen wir, wie der Verfasser zu zeigen unternimmt, auf eine Schwierigkeit. Es wird nämlich einmal der Mensch so genommen, wie er sein soll, und dabei mit den edelsten Eigenschaften ausgestattet, wie das etwa in den Staatsromanen geschehe, oder er wird genommen als das, was er ist, und man gelangt dann leicht dazu, in ihm eine wilde Bestie zu sehen: homo homini lupus. Verfasser hält beide Auffassungen für methodisch falsch, weil das Gute und Böse dabei vorausgesetzt werde, während es doch durch die Rechtsordnung erst festzusetzen sei. Jede Eigenschaft könne sich in der Gemeinschaft als eine gute, jede als eine schlechte erweisen, je nachdem sie in den Dienst der Förderung oder der Bekämpfung der Gemeinschaftsordnung gestellt werde. Ich glaube, diese Argumentation wird sich schwerlich aufrechterhalten lassen. Richtig ist, daß das Recht den Menschen nicht einfach nehmen soll wie er ist, unter totalem Verzicht auf seine durch die Rechtsordnung zu bewirkende Besserung. Dagegen läßt sich kaum leugnen, daß die Menschen von Natur für die Erreichung der Gemeinschaftszwecke mehr oder weniger gut ausgerüstet sind und daß die Gesetzgebung hiermit zu rechnen hat. In dem uns hier beschäftigenden Zusammenhang tut Huber auch die oben erwähnte Bemerkung, daß die menschlichen Qualitäten sich im Lauf der Weltgeschichte nicht ändern. Gleich darauf finden wir eine Polemik gegen die Maxime,

daß die Gesetzgebung „nur soviel von den Individuen verlangen dürfe, als unter gewöhnlichen Umständen so etwa von einem Durchschnittsmenschen erwartet werden könne“, eine Polemik mit der wir uns ebenso wenig einverstanden erklären wie mit den eben erwähnten Ausführungen. Wenn Huber sagt, die Gesetzgebung habe den Menschen aufzufassen, wie er harmonisch in die Gesellschaft eingefügt werden könne, so müssen wir doch, wenn wir nicht ins Utopische geraten wollen, hinzufügen: unter Berücksichtigung des Durchschnittsmaßes an Fähigkeit zu solcher Einfügung. Die Beispiele die Huber dafür anführt, daß die Rechtsordnung dem Menschen unter Umständen weit höhere Pflichten auferlege als ein Durchschnittsmensch sie auf sich zu nehmen geneigt wäre, sind jedenfalls wenig überzeugend. Daß der Durchschnittsmensch geneigt ist, im Kriege sein Leben für die Gemeinschaft hinzugeben, beweist jeder Krieg, und wenn Huber sagt, die Aufopferung des Lebens des Kindes für das Leben der Mutter werde unter Umständen vom Recht für geboten erklärt, so wäre eine solche Aufopferung allerdings mehr als vom Durchschnittskind verlangt werden kann, aber ja doch wohl auch mehr als von ihm verlangt wird. Viel Treffendes bieten dagegen wieder die Ausführungen über die Art und Weise, wie das Recht so manchen menschlichen und auch allzumenschlichen Eigenschaften des Individuums Rechnung trägt. Es ist da die Rede von dem individuellen Eigentum, dem Erbrecht, dem Finderlohn, der Zuweisung der Buße an den „Verleider“, der Einrichtung der Amtstracht, Ehrenbezeugungen gegenüber Beamten und manchem andern. Natürlich können alle diese Dinge nur kurz berührt werden und Gemeinplätze lassen sich dabei nicht völlig vermeiden. Trotzdem kommt bei dem Leser der Eindruck nicht auf, daß ihm da allbekannte Wahrheiten aufgetischt werden, denn der Verfasser versteht es vortrefflich, gerade solche juristische Erscheinungen, über die nicht näher nachgedacht zu werden pflegt, in das Licht einer allgemeinen Betrachtung zu rücken. Dies zeigt sich auch bei Behandlung der Momente, die mit der Kollektivnatur des Menschen in Beziehung stehen und von denen hier Familienzusammengehörigkeit, Hausgemeinschaft, örtliches Zusammenwohnen, gemeinsame Arbeit, das sich gegenüber Angriffen geltendmachende Reaktionsbedürfnis Erwähnung finden mögen. Unter den Naturalien, die als „natürliche Zustände, durch Naturkräfte und Sachbeschaffenheit in mancherlei Kombination gegeben, vom Gesetzgeber Beachtung erzwingen“, werden vom Verfasser aufgeführt: Tages- und Jahreszeiten, klimatische Verhältnisse, natürliche Eigenschaften der Sachen, elementare wirtschaftliche Verhältnisse, Technik. Eine Reale der Gesetzgebung ist, wie wir sehen, auch das



überlieferte Recht. „Es gibt für die Tätigkeit der Gesetzgebung unmöglich auch nur für einen einzigen Augenblick eine tabula rasa.“ (S. 320.) Stets muß der Gesetzgeber mit einer von ihm vorgefundenen Ordnung rechnen, diese Ordnung kann mit den gegebenen natürlichen Lebensbedingungen so sehr im Einklang stehen, daß der Gesetzgeber ohne weiteres genötigt erscheint, sie in ihren wesentlichen Zügen anzuerkennen. Man denke an die Ordnung der Familie oder an ein bestimmtes wirtschaftliches Regime wie Natural- oder Geldwirtschaft, Individual- oder Kollektivwirtschaft, das in natürlichen Lebensbedingungen eines Volkes fest verwurzelt sein mag. Aber auch soweit das überlieferte Recht nicht in engem Zusammenhang mit anderen Realien steht, drängt es sich dem Gesetzgeber als eine Reale auf, indem es ihn bestimmt, sich irgendwie mit ihm auseinanderzusetzen. Bei solcher Auseinandersetzung kann die Gesetzgebung in dreifacher Richtung vorgehen. Sie kann Neuerungen schaffen, die den alten Einrichtungen angepaßt werden. Verfasser erinnert unter anderem an die Anpassung des Kompositionensystems an das alte Institut der Blutrache, an die Anpassung der christlichen Kirche an mancherlei heidnische Gebräuche. Sodann kann die Gesetzgebung, anstatt wahrhaft zu innovieren, sich mit Verbesserungen begnügen. So ist der Strafvollzug verbessert worden unter Beibehaltung der überlieferten Strafzwecke. Endlich kann eine Nachahmung seitens der Gesetzgebung stattfinden, die sich dann wieder in doppelter Weise zu äußern vermag. Es kann sich die Nachahmung vollziehen von Rechtsinstitut zu Rechtsinstitut und von einem Staat zum andern. Die Bemerkungen, die der Verfasser über die ersterwähnte Nachahmung macht, sind höchst beachtenswert. Mit vollem Rechte warnt er vor schematischen auf doktrinärem Verallgemeinerung beruhenden Nachahmungen des Strafrechts durch das Privatrecht etwa auf den Gebieten der Zurechnungsfähigkeit und ähnlichem. Stets ist sorgsam zu prüfen, ob das, was sich auf dem einen Rechtsgebiet bewährt hat, auch für das andere gleichen Erfolg verspricht. Die zweite Art von Nachahmung wird illustriert durch die Rezeption des römischen Rechtes, durch die Nachbildungen des Erbrechts des Code Napoléon, des österreichischen Strafgesetzbuchs von 1803, des bayrischen von 1813 und mancher anderen Gesetze. Solche Nachahmungen deuten nicht selten auf einen Mangel eigener schöpferischer Kraft, nicht selten entspringen sie dem wohlbegründeten Bedürfnis nach einer Beseitigung der inhaltlichen Verschiedenheiten zwischen den Rechtsordnungen einzelner Staaten. Den Abschluß der Ausführungen über das überlieferte Recht als Reale bildet eine Untersuchung der Frage, ob die Arten der Gestaltung als Reale der Gesetzgebung zu be-

trachten seien. Die äußerst knapp gehaltenen Darlegungen des Verfassers betreffen eine Fülle der schwierigsten Materien. Da ich nicht sicher bin, den Verfasser in allem richtig zu verstehen, lasse ich ihn im wesentlichen selbst reden und enthalte mich jeder Kritik. „Wir können uns die Gestalt der Rechtsordnung mit Bezug auf die Ausbildung ihrer verschiedenen Arten aus drei Momenten verdeutlichen und erklären: Aus der Art der Motivierung der Rechtsordnung, aus der Art der Formulierung und aus der Art der Realisierung.“ Der Grund des Rechtsgehorsams kann ein blinder Instinkt sein oder menschliche Autorität, d. h. „das Ansehen, dessen sich eine Person seitens der Gemeinschaftsglieder erfreut, oder „es kann sich die Motivierung der Rechtsordnung auf die Gesamtheit der in der Rechtsgemeinschaft stehenden stützen, die als organisiertes Gemeinwesen, sei es in Einzelherrschaft oder in Volksherrschaft, den Grund des Gehorsams gegenüber dem Recht in sich selbst findet“. (S. 336.) „Die Formulierung sodann kann entweder in einem primitiven Zustand einer technischen Formulierung für die Rechtssätze entbehren“ oder sie kann schablonenmäßig oder endlich spekulativ-systematisch sein, wobei daran gedacht wird, daß die zur Formulierung verwendeten Begriffe unter den Gesichtswinkel der konstruktiven Jurisprudenz gebracht werden. „Endlich die Realisierung des Rechts vollzieht sich entweder intuitiv, aus dem Bewußtsein der Beteiligten heraus . . . oder sie geschieht formalistisch, so daß die Tatbestände in gewisse Formeln gefaßt werden müssen, um der Rechtsverwirklichung teilhaftig werden zu können. Oder die Realisierung gründet sich auf den intellektuellen Vorgang, wonach aus spekulativ festgestellten abstrakten Rechtssätzen für einen bestimmten Tatbestand eine gewisse Rechtsfolge mit logischem Schluß gefolgert wird.“ (S. 338.) Zwischen den drei Momenten, die der Gestaltung zugrunde liegen, besteht ein innerer Zusammenhang, „so daß zusammenfassend typisch von einer instinktiv-primitiv-intuitiven, einer autoritativ-schablonenhaft-formalistischen oder endlich einer organisch-spekulativ-intellektuellen Gestalt der Rechtsordnung gesprochen werden kann“. (S. 338.) Nach dieser Charakterisierung, die der Verfasser mit Recht als eine summarische bezeichnet, wird dann die Frage beantwortet, ob die Art der Gestalt der Rechtsordnung als eine Reale der Gesetzgebung zu betrachten sei, und zwar wird sie verneint. Die Gesetzgebung hat dem Recht unter Beachtung der Realien eine adäquate Gestalt zu geben. Diese Gestalt kann nicht selbst ein Reale sein. Insbesondere gehören die Begriffe, mit denen die spekulativ-systematische Gestaltung der Rechtsordnung arbeitet, nicht zu den Realien, mögen sie nun in Verallgemeinerung der gesetzlichen Rechtssätze oder in systematischer Entfaltung der

in ihnen enthaltenen Einzelheiten gewonnen werden. Gewiß wird die Gesetzgebung selbst auf eine gewisse Vereinfachung durch verallgemeinernde Begriffsbildung bedacht sein müssen, wie sie sich andererseits stets zu vergegenwärtigen hat, daß die Werturteile enthaltenden Rechtssätze nicht wie Zahlen mittels des formalen Denkens gehandhabt werden dürfen, aber solche Erwägung ist etwas anderes als Beachtung von Realien der Gesetzgebung. Muß man es somit ablehnen, die Typen der Gestaltung der zu schaffenden Rechtsordnung als Realien anzusehen, so folgt daraus keineswegs, daß die Gestalt einer gegebenen überlieferten Rechtsordnung nicht als eine Reale zu gelten habe. Bei der überlieferten Rechtsordnung kann man Inhalt und Gestalt nicht trennen und wenn sie eine Reale ist, so ist sie es als Ganzes in Materie und Form.

Bei Betrachtung der Rechtsanwendung spricht der Verfasser zunächst von denen, die ganz zu Unrecht bei dieser Gelegenheit oft vergessen werden, von den Stillen im Lande, „die sich den Rechtsvorschriften ohne weiteres unterwerfen und jeden Konflikt, auch einen Rechtsstreit darüber zu vermeiden gesonnen sind“. (S. 348.) Kann schon solch friedliche Gesinnung, wenn sie übertrieben wird, zum Schaden des Rechts ausschlagen, so schöpft doch das Recht seine Kraft zu gutem Teil aus der freiwilligen Befolgung der Bürger. Entsteht eine Meinungsverschiedenheit zwischen den gesetzestreuen Rechtsgenossen über ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten, so kommt es normalerweise zum Vergleich. Der Verfasser verweist in diesem Zusammenhang auf den Vorschlag, daß auch auf dem Gebiet des Strafrechts eine freiwillige Durchführung des Rechtes anerkannt werden sollte. „Man kann sich vorstellen, daß die Gemeinschaftsordnung es auch als zulässig bezeichnen würde, daß der Missetäter eine Strafe, wie beispielsweise eine pekuniäre Einbuße oder eine Freiheitsentziehung auf sich nehme, und daß die Wiedergutmachung des geschehenen Unrechts dadurch als vollzogen anerkannt würde.“ Muß die Rechtsverwirklichung mit den der Gemeinschaft zur Verfügung stehenden Zwangsmitteln herbeigeführt werden, so „bedarf es zunächst regelmäßig der Feststellung von Recht und Pflicht im konkreten Fall. Zu dieser Feststellung aber ist die richterliche Hilfe geschaffen. Sie wird darin bestehen, daß auf einen konkreten Tatbestand ein geeigneter Rechtssatz zur Anwendung gebracht wird.“ (S. 350.) Zur Rechtsanwendung bedarf es eines Rechtssatzes. Wie, wenn ein solcher weder durch das Gesetz noch durch das Gewohnheitsrecht geboten wird? Das Lückenproblem taucht auf. Daß es Gesetzeslücken gibt, ist nach Ansicht des Verfassers gegenüber der gemeinrechtlichen Lehre und der französisch-rechtlichen Theorie mit Bestimmtheit zu behaupten.

Die rechtliche Ordnung überhaupt, meint Huber, müsse freilich als lückenlos vorausgesetzt werden. Die mit ihr nicht identischen Gesetze dagegen „können ihre Lücken haben und weisen auch ganz regelmäßig solche auf und dann entsteht eben die Frage, was in diese Lücken treten soll“. (S. 352/3.) Alles, was zur Beantwortung der Frage vorgebracht worden ist, der Hinweis auf das gemeine Recht, das allgemeine Vernunftrecht, die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die Billigkeit, die Rechtsüberzeugung des Richters oder dessen Wissen und Gewissen vermag den Verfasser nicht zu befriedigen. Schließlich stellt aber auch er auf die Vernunft, die Überzeugung des Richters ab, wenn er nach kurzer Erwähnung der vielfach, aber nicht immer von bewährter Lehre und Überlieferung gebotenen Anhaltspunkte den Richter anweist, so zu entscheiden, „als würde er gleich dem Gesetzgeber den Satz formulieren, um ihn dann auf den Fall anzuwenden, der seines Urteils harrt“. Wer mit dem Verfasser annimmt, der auf diesem Wege gefundene Satz sei Teil einer rechtlichen Ordnung, der kann unmöglich in dieser rechtlichen Ordnung etwas anderes als ein Vernunftrecht sehen. Was dann die Anwendung des Rechtssatzes auf den einzelnen Fall betrifft, so wird treffend bemerkt, daß das ein Geschäft sei, zu dem man eigentlich einen jeden für fähig halten sollte, und das doch sehr viele nicht richtig zu besorgen verstehen. Der Verfasser sagt unter Verweisung auf Kant, daß es zur Anwendung des allgemeinen Satzes auf den einzelnen Fall der Fähigkeit logischen Denkens und der natürlichen Urteilskraft bedürfe. Der Begriff der natürlichen Urteilskraft verdiente wohl einmal einer näheren psychologischen Analyse unterzogen zu werden und die Juristen könnten sich daran zum mindesten durch Lieferung wertvollen Materials in erfolgreicher Weise beteiligen. Ist das konkrete Rechtsverhältnis einmal festgestellt, so kommen die zu seiner Durchführung dienenden Zwangsmittel in Betracht. „Überblicken wir die ganze Fülle der Zwangsmittel, die der Gemeinschaftsgewalt zur Rechtsverwirklichung gegeben sind, so können wir sie uns in folgenden sieben typischen Arten vergegenwärtigen“: nämlich die Verheißungen von Glück und Segen im Fall der Befolgung oder Nichtbefolgung der Norm, den sakralen Satzungen der alten Zeit eignend und abhängig in ihrer Wirksamkeit von dem Glauben an ihre Erfüllung, die Ausstoßung aus der Rechtsgemeinschaft, durch Anerkennung einer Gesamtgemeinschaft aller Menschen obsolet geworden, die Genossenschaftshaftung, wie sie im älteren Recht in Blüte steht und heute noch in gewissen Überresten wie der Verantwortlichkeitserklärung der Unternehmer von Gewerben für die schädigenden Handlungen ihrer Angestellten und Arbeiter vorhanden ist, die Selbsthilfe, die zivile Gewalt mit allen Formen der



Zwangsvollstreckung, unter Einschluß der Auferlegung von Schadensersatzpflichten, die Exekutive der öffentlichen Verwaltung und endlich die öffentliche Strafe. Der Verfasser beschäftigt sich besonders eingehend mit der Strafe. „Wir müssen in der Bestrafung einen Fall der Anwendung der Rechtsmacht zum Zwecke der Rechtsverwirklichung erblicken und gewinnen aus dieser Auffassung eine nicht unwichtige Ergänzung der Strafrechtstheorien.“ (S. 366.) Man könnte meinen, Huber wolle die Strafe als psychologisches Zwangsmittel zur Verhinderung von Eingriffen in die Rechtssphäre aufgefaßt wissen, denn hiernach ließe sie sich ja wohl nicht unpassend als ein Mittel zur Verwirklichung des Rechtes bezeichnen. Dies ist indessen nicht Hubers Meinung. Ihm steht bei der Bestrafung im Vordergrund der Gedanke der Vergeltung als eines Ausgleichs des Rechtsbruchs vom Standpunkt des Verletzten, des Täters und der Gemeinschaft. Damit wäre die Strafe als eine Art Wiedergutmachung eines ideellen die Rechtswelt betreffenden Schadens in Anspruch genommen und unter nicht unbedenklicher Vermischung der Ideen der Wiedergutmachung und der Rechtsverwirklichung eine der alten kriminalistischen Rechtstheorien wieder zu Ehren gebracht.

Bei der Rechtsanwendung spielt, wie schon im Vorübergehen betont werden mußte, das juristische Denken eine große Rolle. „Juristisch Denken heißt nicht einfach ein Rechnen mit Begriffen, sondern eine Operation, die durch das Rechtsbewußtsein beherrscht wird.“ (S. 377.) Huber macht einen scharfen Unterschied zwischen Rechtsbewußtsein und Rechtsgefühl. Eine rechtliche Entscheidung erfolgt nach Rechtsgefühl, wenn als Grund ihrer Richtigkeit nichts anderes angeführt werden kann, als daß sie bei dem Entscheidenden den Zustand befriedigten Rechtsempfindens hervorruft. Dem Rechtsbewußtsein entspricht sie, wenn sie mit Hilfe des juristischen Denkens in Übereinstimmung gebracht ist mit der Rechtsidee. Das juristische Denken bezieht sich auf den Rechtssatz als Obersatz, den juristischen Tatbestand als Untersatz und die Gewinnung der Konklusion, der rechtlichen Entscheidung, aus beiden. Im Obersatz und im Untersatz handelt es sich um Beurteilungen, Wertungen in Gemäßheit der Rechtsidee. Ganz besonders im Obersatz. Die Begriffe, aus denen der Rechtssatz sich zusammenfügt, sind teleologisch gefärbt, sie sind nicht rein kognitiv. Huber greift als Beispiel den Begriff des Werks im Schweizer OR. Art. 58 früher 68 heraus: „Aus der Funktion des Rechtssatzes wurden die Begriffsmerkmale herausgeschält, soweit der Begriff ein der Rechtsidee genügendes Urteil ermöglicht hat.“ (S. 384.) Das Ähnliche bezüglich der konkreten Tatbestände zu gelten hat, liegt auf der Hand.

„Setzen wir den Fall, es sei ein Magazinraum mit Tisch zu liefern, so wird unter dem Tisch das zu verstehen sein, was in einem Magazinraum als Tisch zu funktionieren hat.“ (Ebenda.) Da die Rechtsidee über die richtige Behandlung von Interessenkonflikten unterrichtet, kann man die juristische Beurteilung von Tatbeständen als Interessenabwägung bezeichnen. Man darf dabei aber nicht außer acht lassen, daß die Rechtsidee und nicht das Interesse das für das juristische Denken wesentliche ist. Bedeutungsvoll, wenn schon leider etwas kurz, sind des Verfassers Ausführungen über die Art und Weise, wie die Feststellung des Tatbestandes auf die Auslegung des Rechtssatzes Rücksicht zu nehmen hat. Aus der Fülle der Erscheinung ist ein Komplex von Momenten herauszuheben, auf den sich ein Rechtssatz anwenden läßt. Handelt es sich bei solcher Herausarbeitung des juristischen Tatbestands einfach um ein Weglassen alles Tatsächlichen, das den Begriffsmerkmalen des Rechtssatzes nicht korrespondiert, so ist das eine einfache logische Aufgabe. Ganz anders, wenn es gilt, den Tatbestand zu konstruieren, ihn so auszudeuten, daß er sich unter eine Rechtsregel subsumieren lasse, wobei man mit Vermutungen oder gar mit Fiktionen arbeiten mag. Die Darlegungen des Verfassers sind an dieser Stelle wenig durchsichtig. Zunächst scheint er die Konstruktion so zu fassen, wie ich es eben darstellte. Dann heißt aber doch wieder, daß, wenn man sich der Vermutungen und Fiktionen bediene, eine wirkliche Konstruktion nicht vorliege. „Sobald man zur Konstruktion selbst schreitet, geht man über Fiktion und Vermutung hinaus und bleibt doch näher bei der unmittelbaren Betrachtung des Tatsächlichen, indem man Unbekanntes oder wenigstens rechtlich nicht sicher zu Würdigendes aus Bekanntem ableitet oder nach Bekanntem beurteilt, wie der Mathematiker aus zwei Seiten und ihrem Winkel das Dreieck konstruiert.“ (S. 393.) Zusammenfassend fordert der Verfasser vom juristischen Denken dreierlei: „Erstens Entscheidungsfähigkeit und Entscheidungsmut der Beteiligten, sei es des Richters, des Gesetzgebers oder des Bürgers. Zweitens Kenntnis der Rechtsordnung und des wirklichen Lebens, oder also Schulsack und Erfahrung. Drittens Rechtsbewußtsein als lebendiges Bewußtsein von dem, was sein soll, mag die Rechtsidee als regulative oder als initiative Kraft in Betracht fallen.“ (S. 394.)

Den Schluß des bedeutenden Werks bilden schöne, wenn auch nicht in allen Punkten unanfechtbare Ausführungen über bewährte Lehre. Die Rechtswissenschaft, eine in allen ihren Zweigen praktische Wissenschaft, hat sich in erster Linie zu beschäftigen mit der Feststellung dessen, was als Recht gilt oder gegolten hat. Sie hat

sodann die festgestellten rechtlichen Erscheinungen zu erläutern, wie dies der Kommentar tut (sich hier freilich ausschließlich den Rechtssätzen zuwendend und die konkreten Rechtsbeziehungen zum Schaden der Sache nur an Schulbeispielen handelnd). Eine dritte Art rechtswissenschaftlicher Betätigung ist die „geschichtliche Darstellung des Werdens einzelner Rechtssätze oder auch ganzer Rechtsordnungen“. (S. 402.) Der Rechtshistoriker geht hierbei über die bloße Erläuterung hinaus. „Sind es auch nicht Entwicklungsgesetze, die sich feststellen lassen, so doch Entwicklungstypen.“ (Ebenda.) Als vierte Richtung der wissenschaftlichen Arbeit wird die systematisch aufgebaute Dogmatik, als fünfte die Lückenausfüllung aus dem Ganzen der Rechtsordnung heraus aufgeführt. Schon bei der systematischen Dogmatik geht die Rechtswissenschaft in Aufsuchung von höheren Rechtssätzen, aus denen die im Gesetz formulierten sich ableiten lassen, über eine bloße Erklärung des gegebenen Stoffes hinaus. Noch viel mehr ist dies der Fall, wenn sie sich daran macht, aus dem Ganzen der Rechtsordnung heraus der durch die Dogmatik nie gänzlich zu beseitigenden Lückenhaftigkeit des Gesetzes abzuhelpfen. Dazu genügt nicht genaue Kenntnis des tatsächlich Gegebenen und die Fähigkeit logischen Schließens. Es muß in ernstester Besinnung auf die im eigenen Bewußtsein und in dem der Gemeinschaft lebenden Rechtsidee etwas Neues geboten werden. Vertiefung erhalten solche Erwägungen durch eine Untersuchung der Bedeutung der Wahrheitsforschung auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft. Drei Möglichkeiten werden unterschieden. Es kann sich einmal handeln um unanfechtbare Feststellung der Wahrheit, so, wenn etwa der Wortlaut eines Rechtssatzes in Frage steht. Zweitens kommt die Bestimmung der Tragweite eines Rechtssatzes durch Analyse oder Synthese in Betracht. Da hier ein Beurteilen des Zweckes des Rechtssatzes in Frage steht, können die zu treffenden Feststellungen nicht die gleiche Sicherheit und Allgemeingültigkeit haben wie im ersten Fall. Verlassen wir hiermit nicht das Gebiet der Wissenschaft, um das der Kunst zu betreten? Die Frage bejahen, hieße die Betätigung der Urteilskraft, hieße jegliche Bewertung von der Wissenschaft ausschließen und dadurch den Kreis der Wissenschaften übermäßig einschränken. In den von der Rechtswissenschaft zu fällenden Werturteilen wird die menschliche Vernunft tätig in Besinnung auf das Wesen der Gemeinschaft. Aus solchen Werturteilen kann die Vernunft ein abstraktes Wissen bereiten, das Wahrheit bietet und als Wissenschaft zu gelten hat. Ist die Beurteilung, die Würdigung des Zweckes eines Gesetzes fähig, Wahrheit zu bieten, so muß gleiches gelten in dem dritten der zu betrachtenden

Fälle, wenn „ein Arbeiter am Tische der Wissenschaft“ die Lücken des Gesetzes und Gewohnheitsrechtes ergänzend in seinem vernünftigen Bewußtsein eine Norm für die rechtliche Behandlung irgend welcher Lebensverhältnisse findet. In diesem wie im zweiten Fall ist freilich der Vorbehalt zu machen, daß die Beurteilung des Einzelnen nur dann zu einem wahren Ergebnis gelangt, wenn sie nicht von andern Urteilen widerlegt und verdrängt wird“ (S. 412). Es handelt sich also in beiden Fällen nur um relative Wahrheit. Wir müssen hier einen Augenblick innehalten, denn wir sind an einem entscheidenden Punkt angelangt. Wenn das Werturteil des einzelnen, gefällt nach bestem Wissen und Gewissen, nach eindringlicher Befragung des in seiner Brust wohnenden Vernunftorakels nur relative Wahrheit bietet, wo ist dann die absolute zu finden? Was heißt es, wenn Verfasser sagt, ein Ausspruch der individuellen Vernunft könne durch das Urteil anderer widerlegt und verdrängt werden, oder wenn er etwas weiter unten ausführt, daß Sätze von der Wissenschaft aufgestellt werden, „die von keinem Satz des positiven Rechtes unterstützt sein mögen und gleichwohl als wahrhaft geltend auftreten, weil sie dem Gemeinschaftsbewußtsein entsprechen“, daß solche Sätze aber Wahrheiten nur so lange sind, bis nach den Tatsachen dargetan erscheint, daß sie nicht dem Gemeinschaftsbewußtsein entsprechen. Wäre unser Autor nicht Eugen Huber, ich würde an dieser Stelle mich nicht mit einem Fragezeichen begnügen, sondern die Behauptung wagen, daß er das Rechtsbewußtsein der Majorität der Zeit- und Volksgenossen zur entscheidenden Instanz in Fragen der vernünftigen Regelung des menschlichen Zusammenlebens mache. Nur mit dieser Annahme scheint es sich vereinigen zu lassen, daß, wer es unternimmt, losgelöst von den tatsächlich geltenden Rechtssätzen, eine Gemeinschaft zu zeichnen, wie sie seiner Beurteilung der Dinge entspreche, keinen Anspruch erheben soll, eine wissenschaftliche Arbeit geleistet zu haben. „Seine Utopie gehört der Dichtkunst an.“ Somit wäre Platos Republik kein Werk der Wissenschaft, sondern ein Gedicht. Ja, wer gegenüber einer bestehenden Rechtsordnung von seiner eigenen Beurteilung der Dinge aus seine Urteilskraft dazu gebraucht, um an dem Bestehenden Kritik zu üben, der soll nach dem Verfasser kein Werk der Wissenschaft herzustellen vermögen. Danach scheint Wissenschaft nur zu sein ein Versuch, mit seiner eigenen Vernunft das zu treffen, was der Vernunft der Mehrzahl der Volksgenossen, derer, die schließlich das Heft in die Hand bekommen und sich mit ihren Anschauungen durchzusetzen wissen, entsprechen möchte, die Wahrheit wäre, was hier und jetzt als Wahrheit gilt oder demnächst gelten wird. Der Geist der Jetztzeit



wäre die höchste Vernunftautorität, und Wissenschaft treiben hieße — sein Mäntelchen nach dem Winde drehen. Kelsen hat in seiner mehrfach erwähnten Abhandlung zu zeigen versucht, daß Huber sich zwar grundsätzlich zum Positivismus bekenne, daß sich daneben aber doch naturrechtliche Vorstellungen bei ihm in nicht geringem Maße bemerkbar machten. Ich glaube, daß Huber dem Positivismus gibt, was dieser zu beanspruchen hat, nicht mehr und nicht weniger. Das Gesetzesrecht ist als Recht anzuerkennen, auch wenn es dem vernünftigen Gemeinbewußtsein nicht entspricht, und das dem vernünftigen Gemeinbewußtsein Entsprechende ist, soweit es dem Gesetzesrecht zuwiderläuft, nicht als Recht anzusehen. Insofern ist Huber Positivist, er ist dagegen Nicht-Positivist, insofern er annimmt, daß das Gesetzesrecht Lücken aufweise, und daß diese in Gemäßheit des vernünftigen Gemeinbewußtseins ergänzt werden müßten. Wohl aber dürfte man auf Grund der eben besprochenen Stellen Huber für einen Relativisten erklären, und wenn wir es nicht tun, so liegt es nur daran, daß der Gesamteindruck der rechtsphilosophischen Darlegungen Hubers der Meinung widerspricht, er könne für die Wahrheit ein anderes als ein sachliches Kriterium aufstellen wollen, und daß der Schein des Relativismus mit seiner hinsichtlich der letzten philosophischen Fragen beobachteten Zurückhaltung Hubers in Zusammenhang stehen könnte. Da in wissenschaftlichen Fragen die Autorität bedeutender Männer mit besserem Recht Beachtung findet als in ethischen die der Volksmajorität, so wäre es dringend wünschenswert, daß Huber uns Aufklärung verschaffe, damit sich nicht der Relativismus in Zukunft auf seine gewichtige Stimme berufe <sup>4)</sup>).

<sup>4)</sup> Der Sinn der von uns an den Verfasser gerichteten Aufforderung wird vielleicht noch deutlicher, wenn wir dem Vergleich mit der Kritik Kelsens etwas näher nachgehen. Nach Kelsen ist Huber grundsätzlich, aber nicht ganz folgerichtiger Positivist. Unter Positivismus kann man vielerlei verstehen. Nennt man einen Positivisten jeden, der daran festhält, daß die Vernunft, in der Form der sittlichen Idee oder der Rechtsidee, geltendem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht nicht die rechtliche Verbindlichkeit abstreiten dürfe, so ist Huber gewiß Positivist. Er steht insofern in Gegensatz zu der Naturrechtslehre, der Bergbohm den Krieg erklärt hat. Wird der Rechtspositivismus mit dem Dogma der Lückenlosigkeit des Gesetzes oder mit dem Verbot einer Ergänzung angeblicher Lücken der Gesetze aus dem vernünftigen Rechtsbewußtsein heraus für identisch erklärt, so ist Huber kein Positivist, vielmehr, wenn man den Gegensatz solchen Positivismus als Naturrechtsprinzip bezeichnet, Naturrechtler. Drittens kann man unter Rechtspositivismus die Lehre verstehen, daß sich darüber, wie das Recht auszugestalten sei, keine in der objektiven Vernunft begründete Entscheidung treffen lasse, daß vielmehr alles abhängen von dem Willens- oder Willkürakt der jeweiligen zur Rechtsetzung berufenen Machthaber oder, wenn man lieber will, Gesetzgebungsorgane. Nach dieser Auf-

Kann man nach dem, was eben über die Rechtswissenschaft ausgeführt wurde, in ihr eine Quelle des Rechts erblicken? „Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, was man unter Rechtsquelle zu verstehen habe“ (S. 416). Der Verfasser erwähnt verschiedene Bedeutungen des Ausdrucks Rechtsquelle. Einmal wird darunter verstanden die Quelle des Rechts im Sinne des mehr innerlich (Gemeinschaftsbewußtsein) oder mehr äußerlich (Gesetzgebung, Übung) gefaßten Ursprungs des Rechtes. Für manche ist dagegen die Rechtsquelle gleichbedeutend mit der Erkenntnisquelle des Rechts. „Man kann in diesem Sinne anstatt von Rechtsquellen von Quellen der Rechtswissenschaft oder Rechtskunde sprechen“ (S. 418). Einer dritten Auffassung zufolge wird unter Rechtsquelle nur eine Mitteilung über Recht verstanden, durch die dieses als solches statuiert wird. Will man die Wahl zwischen den drei Bedeutungen sachgemäß treffen, so muß man zunächst sich vergegenwärtigen, daß die Arbeit am Recht sich in drei Richtungen vollzieht: als Setzung des Rechtes, als Rechtsanwendung, als Mitteilung über das, was Recht ist. „Für die rechtssetzende Tätigkeit liegt die Quelle des Rechts in dem Gemeinschaftsbewußtsein oder in der Vernunft, für die Rechtsanwendung dagegen in demjenigen, was der in verbindlicher Weise getroffenen Anordnung Ausdruck gibt, also im Gesetz und im Gewohnheitsrecht, während die irgendwie gestaltete Rechtskunde als Rechtsquelle für die deskriptive Überlieferung des Rechts in Betracht fällt.“ Erst jetzt scheint der Boden

fassung wäre die Theologie des Duns Scotus die großartigste Form des Positivismus. Huber dagegen wäre nicht Positivist, sondern Vernunftrechtler. Endlich könnte man sagen, es gehöre nicht notwendig zum Positivismus, daß man der Vernunft die Zuständigkeit über das richtige Recht, das Recht, wie es sein solle, abstreite, wohl aber daß man das Idealbild des Rechtes, wie es von der Vernunft konzipiert werde, nicht als Recht oder als Rechtsordnung bezeichne. Daß Huber zu einer solchen Bezeichnungsweise neigt, kann nicht wohl bestritten werden, aber wir würden ihm daraus keinen sonderlichen Vorwurf machen. Denn das, worauf es in dieser Angelegenheit hauptsächlich ankommt, hat er wohl beachtet und m. E. deutlich genug zum Ausdruck gebracht, daß nämlich das dem Vernunftbewußtsein entsprechende Recht durch die Gestaltung in Form des Gesetzes eine Änderung, eine Präzisierung und Vereinheitlichung gegenüber den von den Rechtsgenossen nicht durchweg zur Klarheit erhobenen und mehr oder weniger individuell verschiedenen Vorstellungen über das Richtige erfährt und erfahren muß, wenn anders das Vernunftideal zum Heil der Menschen sich verwirklichen soll. Man darf es mit einem Bild wie dem des Rechtsspiegels nicht allzu genau nehmen. Es ist das Gesetz wohl ein Spiegel des vernünftigen Gemeinschaftsbewußtseins, aber ein eigenartiger Spiegel, der die vielen kleinen, oft sehr verschwommenen Bilder, die den Köpfen der einzelnen vorschweben, zu einem verhältnismäßig deutlichen Bilde vereinigt. Hubers Spiegel hat eine sehr wertvolle

geeignet für die Beantwortung der Frage, ob die Wissenschaft als eine Rechtsquelle zu gelten hat. Eine vortreffliche kurze Zusammenstellung der verschiedenen in der Literatur geäußerten Ansichten bietet dem Verfasser die Elemente seiner eigenen Quellentheorie. Zunächst stellt der Verfasser fest, daß die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle nur insoweit in Betracht komme, als sie betrieben wird mit wissenschaftlichem Zweck, nicht als ein Mittel zur Unterstützung der Rechtsanwendung oder der Gesetzgebung. Die Rechtswissenschaft ist „Lehre und nicht Kritik, nicht Befehl, nicht Urteil, wenngleich sie auch auf diese Dinge indirekt von dem allergrößten Einfluß sein kann“. (S. 432.) „Sie ist die Lehre von dem was Recht in objektivem Sinne ist (oder gewesen ist), aber nicht beschränkt auf die durch die anderen Faktoren der Rechtsverwirklichung bereits festgestellten Rechtssätze, sondern im ganzen Umfang dessen, was auf dieser Grundlage gemäß wissenschaftlicher Prüfung und Gestaltung als Recht zu betrachten ist.“ (S. 434.) Ist nun die so näher umgrenzte Rechtswissenschaft Rechtsquelle? Das läßt sich sagen, wenn man zunächst weiß, was Rechtsquelle ist. „Wie die Wasserquelle das Wasser, so muß die Rechtsquelle das Recht spenden, und zwar fertig zum Gebrauch, nicht in einem Zustand, der erst noch irgendeiner Veränderung bedarf. Ein solcher Zustand ist nun aber beim Recht vorhanden, wenn Rechtssätze vorliegen, die als solche, das heißt, als allgemeine Regeln gebildet, gestaltet oder wie man richtig verstanden, mit Recht sagt, formuliert

Lebensfunktion und ist durchaus nicht, wie Kelsen sagt, eigentlich überflüssig. Das Schlimme ist nur, daß Huber uns nicht darüber aufklärt, was das, was abgespiegelt werden soll, in letzter Linie eigentlich ist. Ist es die objektive Wahrheit in sittlichen und rechtlichen Dingen, die reine Idee, wie sie in Gott oder in sich selbst ruht? Das wäre platonisch, und wenn Huber so dächte, dann könnte er einem Werk wie dem Staat des Plato nicht die Wissenschaftlichkeit absprechen. Oder am Ende doch? Könnte man nicht sagen, Plato habe eine falsche Methode befolgt? An und für sich wäre das nicht unmöglich, aber im großen und ganzen gibt es wohl, wenn man einmal von den platonischen philosophischen Voraussetzungen ausgeht, schwerlich eine bessere Methode als die von ihm befolgte. Dagegen ließe sich wohl die Behauptung verteidigen, daß das objektiv Vernünftige, Wahre nicht ein für allemal gegeben ist, sondern erst in der Weltgeschichte, und zwar vorwiegend in den Kulturschöpfungen und dem immer reicher werdenden Vernunftbewußtsein der Menschen, zur Existenz gelangt. „Dieu se fait.“ Hier bestehen dann wieder zwei Möglichkeiten. Entweder man nimmt an, daß das Wahre, Vernünftige, Göttliche potentiell als Keim, Bestimmung von Anfang an im Geist liegt und vom einzelnen in intuitiver Selbstschau, verbunden mit sorgfältiger Beobachtung und Durchdenkung der Natur- und Geistesgeschichte, zwar nicht völlig adäquater Weise, aber doch in ständiger Annäherung an die objektive Wahrheit erkannt werden kann. Dies würden wir für das Richtige halten. Von dieser Auffassung aus gelangt man aber schwerlich dazu, einer Kritik der bestehenden Ein-



sind. Wo ich diese Rechtssätze finde, da besteht eine Rechtsquelle.“ (Ebenda.) Hiernach ist jedenfalls Rechtsquelle das Gesetz (nicht die gesetzgeberische Tätigkeit) und das Gewohnheitsrecht als Komplex von Rechtssätzen (nicht als rechtbildende Macht). Wie steht es mit dem Gerichtsgebrauch? Ohne weiteres darf sich der Richter über ihn nicht hinwegsetzen, es müssen schwerwiegende Gründe vorliegen, von denen der Richter sich und anderen Rechenschaft abzulegen hat, wenn die im Gerichtsgebrauch zutage tretenden Rechtssätze als irrig behandelt werden sollen; ausgeschlossen aber ist es nie, daß der Richter entgegen dem Gerichtsgebrauch einem der Vernunft der Gemeinschaft besser entsprechenden Recht zur Geltung ver helfe. Der Gerichtsgebrauch bedeutet für den Richter eine gewisse Gebundenheit, läßt aber andererseits doch auch einer gewissen Freiheit Raum. Ganz ähnlich verhält es sich mit der Wissenschaft, soweit diese in der Form der bewährten Lehre auftritt: beide stellen bedingte Rechtsquellen dar. Wenn ich den Verfasser recht verstehe, so ist für ihn bewährte Lehre nicht jede von irgend jemand vortragene rechtswissenschaftliche Lehrmeinung, soweit sie wahr ist, sondern eine Lehre, die zum gesicherten Bestand der Wissenschaft gehört, und der Vorbehalt der Wahrheit bedeutet bei ihm nicht, daß die Lehre der Wissenschaft keine Gebundenheit mit sich bringe, wofern sie nicht objektiv wahr ist, sondern daß es jedem, der zur Anwendung des Rechts berufen ist, freistehen müsse, einer in ernster Bemühung um die Wahrheit erkämpften gegenteiligen Überzeugung praktischen Ausdruck zu verleihen. Wer genügend Autorität sich zu verschaffen weiß, der kann die bewährte Lehre beseitigen, und

richtungen und eventuell auch des Vernunftbewußtseins der Zeitgenossen, den wissenschaftlichen Wert abzusprechen oder sie gar in den Bereich der Dichtkunst zu verweisen. Oder man läßt, das ist die zweite Möglichkeit, nur das, was in objektiven Einrichtungen oder zum mindesten in einer allgemein herrschenden Überzeugung zum Ausdruck gelangt, als wahrhaft rationell gelten. Dann wären es „die Tatsachen“, die darüber entschieden, ob etwas wahr ist oder nicht. Es spricht sehr viel gegen diese Auffassung, aber immerhin wird man ihr den Namen einer philosophischen nicht versagen können. Dagegen hat man Mühe, diesen Namen der Meinung beizulegen, daß es überhaupt keinen Sinn habe, von einer objektiven Wahrheit zu reden, es käme weder auf diesem Wege der Entfaltung, noch dem der völligen Neuschöpfung zu einem Fortschritt eines die ganze Menschheit umfassenden Geistes in der Weltgeschichte, sondern im bunten Wechsel stünden nebeneinander und folgten sich bei einzelnen und Kollektivitäten die Ansichten von dem, was richtig sei, und das Individuum könne in seinem eigenen Interesse und dem seiner Nebenmenschen nichts besseres tun als die bei der Gemeinschaft, zu der es gehöre, zur Herrschaft bestimmte Auffassung ausfindig zu machen, weswegen diese Auffassung den Ehrentitel der Wahrheit verdiene. So denkt der Relativist und wir glauben nicht, daß Huber so denke.



seine eigene Lehre hat dann als bewährte zu gelten, bis ihr etwa das gleiche Schicksal begegnen möchte. Wer aber hat nun in all diesem Wechsel der Meinungen recht? Welches ist das Kriterium der Wahrheit, diese Frage erhebt sich auch hier und wir glauben in Anbetracht der Wichtigkeit der Angelegenheit nicht unbescheiden zu sein, wenn wir die Bitte um ihre Beantwortung wiederholen in dem Augenblick, in dem wir mit aufrichtigstem Dank für so mannigfache und so wertvolle Belehrung von dem Verfasser Abschied nehmen.

---

## II.

# Gesetzgebungsfragen.

---

## Neuordnung des Strafverfahrens und Bolschewismus.

Von

Professor Dr. **Georg Kleinfeller.**

Seit mehr als einem Jahrhundert ist das Schrifttum des Strafprozeßrechts, besonders in den Fragen der Öffentlichkeit, der Mitwirkung von Laien, des Gegensatzes von öffentlicher und Privatklage, der Staatsanwaltschaft stark beeinflußt von politischen Anschauungen. In einem Buche von Bendix<sup>1)</sup> hat sich die Politik zu einer besonderen Staatsauffassung verdichtet, die

---

<sup>1)</sup> Die Neuordnung des Strafverfahrens. Gegenvorschläge zu den drei Regierungsvorlagen von 1920. Von Dr. Ludwig Bendix. Berlin und Leipzig, Walther Rothschild 1921. Das Buch enthält den vollständigen Text der drei Regierungsentwürfe von Ges. zur Änderung des GVG., über den Rechtsgang in Strafsachen und des Jugendgerichtsges.; den einzelnen §§ oder auch einer Gruppe von §§ werden Abänderungsvorschläge mit Begründung gegenübergestellt. Statt der Begründung finden sich manchmal auch Verweisungen auf früher erschienene Abhandlungen des Verf. oder anderer Schriftsteller, und, um Wiederholungen zu vermeiden, auf andere Stellen des Buches. Der E. eines Ges. über den Rechtsgang in Strafsachen wird im folgenden nur mit der §§ Ziffer angeführt.

als demokratische bolschewistische Richtung der Auffassung des Staates als Obrigkeitsstaat entgegentritt, mit der im Strafprozeß „für die Partei des Staates Partei ergriffen“ wird (S. XXIII, XXIX, 245, 358 u. passim). Daß eine Auffassung, wonach die Staatsgewalt nicht nur vom Volke ausgeht (RVerf. Art. 1), sondern vom Volke selbst unmittelbar gehandhabt werden soll, schließlich zur Auflösung des Staates, zur Anarchie führen muß, findet in der Einleitung deutlichen Ausdruck durch die Worte: „Diese (nämlich die Gegenvorschläge des Verf.) stimmen mit den geistigen Strömungen unserer neuen staatsabgewandten, wenn „nicht staatsfeindlichen Zeit überein“ (S. XXIX Abschn. 4)<sup>2)</sup>.

Aus diesem Geiste heraus, der den Staat nicht als Personifikation der Macht, sondern der Ohnmacht angesehen wissen will, erklärt sich die Auffassung des Verf. vom Ziele des Strafverfahrens. Dieses ist nach B. nicht die materielle Wahrheit, sondern etwas Unmögliches: zur „Erforschung der unerforschbaren materiellen Wahrheit“ beizutragen (S. 171). Das Strafverfahren ist ihm nicht ein besonders geeignetes Mittel der Verbrechensbekämpfung, sondern „bloß eine als solche unentbehrliche, stets nachhinkende Reaktion der Gesellschaft gegen die von ihr verpönte Missetat“ (S. XXXI, 95, 103, 107). Das Verbrechen kann nur durch wirtschaftliche, seelische und soziale Widerstände und Aufbaukräfte eingedämmt werden. Der Strafprozeß ist hier nach wie in Anbetracht der Unerreichbarkeit seines Zieles, der Wahrheitserforschung, überflüssig; trotzdem soll er eine „unentbehrliche“ Reaktion sein, und S. 239 wird anerkannt, daß „die Strafrechtspflege ein Machtmittel des Staates zur Förderung der durch das Strafrecht geschützten Rechtsgüter ist“ (vgl. S. 359).

Ebenso widerspruchsvoll ist ein anderer die Ziele des Strafprozesses berührender Gedankengang des Verf. Die Strafrechtspflege ist ihm „das beste Erziehungsmittel zur politischen Gesinnung“ (S. 199; vgl. S. 252, 290). Trotzdem erklärt er S. 240 eine Entpolitisierung des Strafprozesses für wünschenswert; diese will er durch Schwächung der Stellung des Staatsanwalts erreichen. In Wahrheit handelt es sich freilich, wie die Schätzung der Popularklage zeigt, auch hier um Politisierung, nicht um das Gegenteil (vgl. S. XXIV Abschn. 2). „Die neue Staatsgesinnung

<sup>2)</sup> Ferner S. 245 bekennt B. selbst mit Beziehung auf die Umgestaltung der Rechtsrüge: „Die Richtung dieser Neuordnung (des Verhältnisses von Person und Gemeinschaft) hat in der Tat in der Gedankenwelt des Bolschewismus ihren höchsten Ausdruck gefunden. . . . Dabei wird dann gefunden, daß die Personen von allen äußeren Beschränkungen der alten Gemeinschaftsordnung befreit werden müssen. . . .

kommt gerade in der Verneinung dieses Standpunktes (der Parteinahme des Richters für die Partei des Staates) und in der Anerkennung einer möglichst weitgehenden, formellen Gleichberechtigung zwischen dem Staate und dem Staatsbürger, auch wenn er Beschuldigter ist, zum Ausdruck und fordert grundsätzlich, daß der Richter als Vertrauensmann des Volkes den Parteien des Staates und seiner Angehörigen bei ihrem strafrechtlichen Zusammenstoße übergeordnet sei“ (S. XXIII). Darauf gründet B. die Forderung, daß das Strafverfahren streng als Parteiprozeß ausgebaut werden müsse und daß der Beschuldigte hierbei nur als gleichberechtigte Partei, nicht als Objekt behandelt werden dürfe. Das sind die Haupt Richtlinien für seine Gegenvorschläge.

### I.

Ehe, wenn auch nur in ganz beschränktem Maße, auf einzelne Gegenvorschläge eingegangen werden kann, muß versucht werden, gewisse Grundfragen zu klären, die mit diesen Richtlinien zusammenhängen. In der Begründung einzelner Vorschläge kehrt der schon in der Einleitung betonte Vorwurf: Obrigkeitsstaat, Obrigkeitsgeist u. dgl. immer wieder, als ob dieses der einzige leitende Gedanke der bisherigen und der bestehenden Staatsordnung sei. Gegen diese „obrigkeitliche“ Art der Staatsauffassung wütet B. mit blinder Leidenschaft, die vielleicht auch schiefe Ausdrücke, wie „das aufgehobene Gericht“ (S. 262) und „der aufgehobene Richter“ (S. 266) statt: Gericht oder Richter der aufgehobenen Entscheidung erklärt. Es ist ein grober Irrtum, zu glauben, daß der Staat vor der Umwälzung nur durch die Obrigkeit gelebt und sich betätigt habe. Auch in jener Zeit haben, von der ausgedehnten Selbstverwaltung zu schweigen, Laien bei der Anwendung und Fortbildung des Rechts mitgewirkt, sei es als Richter bei der Rechtsprechung, sei es mittelbar als Parteien bei der Verhandlung vor dem Urteil und bei der Begründung von Rechtsmitteln. Andererseits wäre ein Gemeinwesen, in dem es keine Befehlenden (Obrigkeit) und keine Gehorchenden gibt, mag man sie auch Bürger anstatt Untertanen nennen, überhaupt kein Staat mehr; ihm würde das Wesensmerkmal der Macht nach innen fehlen, darum muß auch die Republik Obrigkeitsstaat sein. Die Verneinung des Obrigkeitsverhältnisses führt notwendig zur Zucht- und Zügellosigkeit. Vorbei ist es dann mit der (S. 261) gerühmten Heiligkeit des Gesetzes; vielmehr würden sich im Gefolge die Worte von Sophokles (Antigone Vers 666—671) bewahrheiten:

„Der Übel größtes ist die Zügellosigkeit:  
 „Sie rottet aus die Städte, wandelt Wohnungen  
 „In Wüsteneien, bricht zu jäher Flucht hinaus  
 „Im Lanzenkampfe; wo die Reih'n geordnet stehen,  
 „Bewahrt Gehorsam tausend Leben in Gefahr.  
 „So müssen wir beschirmen, was gesetzlich ist.“

B. bekämpft insbesondere — aber nicht ausschließlich — die obrigkeitliche Stellung des Staatsanwalts als Kläger, weil sie mit der Parteistellung und dem Parteiprozeß unvereinbar sei. Aber diese Stellung könnte nur mit der Staatsanwaltschaft selbst ausgerottet werden, und auch B. hält das offenbar zurzeit noch nicht für möglich (S. 139, 290). Wenn man, wie B. vorschlägt, die Staatsanwaltschaft dem Ministerium des Innern unterordnet, den einzelnen Beamten rechtlich und äußerlich auf die gleiche Ebene mit dem Verteidiger stellt, bleibt die Staatsanwaltschaft doch Behörde, folglich Obrigkeit wie der Richter. Kann dieser zwar als Schiedsrichter über den Parteien stehen, ohne Obrigkeit zu sein, so kann dagegen ein Richter, der Haftbefehle erlassen, Durchsuchungen und Beschlagnahmen anordnen, Prozeßleitung und Sitzungspolizei handhaben, Strafen verhängen und den Vollzug anordnen oder aufschieben soll, nicht der obrigkeitlichen Stellung entbehren. Diese Stellung muß auch in der Fassung des Gesetzes überall hervortreten.

Daraus folgt jedoch keineswegs, daß er nicht über den Parteien steht, sondern Partei für die Partei des Staates ergreife. Der Gesetzeswille, den der Richter durchsetzen soll, ist zwar Staatswille, aber eine abstrakte Willensäußerung und als abstrakte Norm steht sie zugleich ebenso über dem Richter (§ 1 GVG.), wie über dem Staate. Der Staat will im Prozeß für den einzelnen Fall nichts von der Norm Abweichendes und dafür, daß nichts anderes geschieht, setzt sich der unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Richter ein. Wie soll er dadurch für den Staat Partei ergreifen, daß er die abstrakte Norm anwendet und das ausspricht, worauf alle im Staate ein Recht haben? Wer soll denn sonst unter verschiedenen Deutungsmöglichkeiten die richtige finden? B. will, daß der Richter vermöge einer eigentümlichen Auffassung des in dubio pro reo jeweils die Partei des Beschuldigten ergreife (vgl. unt. II). Dann steht er aber gewiß nicht mehr über den Parteien. Die schöne Wendung, daß der Richter als Vertrauensmann des Volkes der Partei des Staates übergeordnet sei (S. XXIII), wird damit preisgegeben, weil er sich dem einseitigen Interesse des Beklagten unterordnet. Diese Formel ist auch inhaltleer und beruht auf einer unmöglichen



Vorstellung, denn das Volk kann nicht über dem Staate, sondern nur im Staate stehen; das würde noch über das *l'état c'est moi* des Absolutismus hinausgehen. Folglich kann auch der Vertrauensmann des Volkes nicht über dem Staate stehen. Nur durch seine Unabhängigkeit ist der Richter über die Parteien gestellt, ohne außerhalb des Staates zu stehen. Aber die Unabhängigkeit will B. gerade vernichten, indem er den Richter von Wählern abhängig macht (vgl. unt. II).

Die Schuld daran, daß manches in unserem Strafverfahren, auch nach dem letzten Entwurfe, als überlebt anmutet, trägt weder der zu Unrecht geschmähte, weil unvermeidliche Obrigkeitsgeist, noch eine richterliche Parteinahme für den Staat, sondern die leidige Tradition, daß das Prozeßrecht nicht wie Privat-, Straf- und Staatsrecht zum Gegenstand eingehender Studien gemacht, sondern nicht viel anders wie ein Handwerk durch die Praxis erlernt wird. So erscheint das Äußerliche leicht als Hauptsache, und die überlieferte Gewohnheit wird zur Herrin des Verfahrens. Es ist nicht der Obrigkeitsgeist, der die vorgeschriebenen Belehrungen (StPO. §§ 199, 264) so kurz wie möglich und darum formalistisch, häufig inhaltleer macht, was B. auch am Entwurfe über den Rechtsgang zu §§ 35, 253 mit Recht rügt, sondern es ist der Geist der Gewohnheit, des Geschäftsmäßigen, der nicht nach Grund und Zweck solcher Vorschriften fragt, sondern sie als lästige Formalitäten möglichst kurz und rasch abtut, anstatt einzusehen, daß hier der Beamte zum Berater des Beschuldigten gemacht ist und daß es obrigkeitliche Amtspflicht ist, solche Handlungen nicht als Formalität zu behandeln. Dieses Übel kann nicht ausschließlich durch die Verfahrensordnung, sondern nur durch die Vorbildung und Prüfung bekämpft werden.

Obrigkeitliche Auffassung ist nach B. (S. XXVIII) die angeblich „überlieferte Ansicht, nach der die Straftat ein von vornherein feststehendes Ereignis ist, dessen Aburteilung durch die Vorschriften des Strafverfahrens unbedingt sichergestellt werden muß, wenn anders der Bestand des Staates nicht in Frage gestellt werden soll“. Umgekehrt behauptet B., es sei das Interesse der Strafrechtspflege darauf gerichtet, die Ausmerzung des Übeltäters durch Strafe auf das geringste Maß herabzusetzen und in viel größerem Umfange als früher dem freien Spiel der gesellschaftlichen Kräfte zu überlassen. Die Gesellschaft soll sich durch bessere Ausbildung des Auskunftswesens und Abbruch aller Beziehungen zu Personen helfen, die sich als unzuverlässig herausgestellt haben (S. 95, 246); im Strafverfahren aber müsse „bei Ab-

wägung der entgegengesetzten Interessen der verfolgenden Staatsgewalt und des verfolgten Täters die Regelung zugunsten des letzten getroffen werden“ (S. XXIX Abschnitt 4).

Weder die StPO. noch der Entwurf, weder die Richter noch die Staatsanwaltschaft stehen auf dem Standpunkte, daß die Straftat ein von vornherein feststehendes Ereignis ist; sonst könnte man sich ja alle Mühe des Ermittlungsverfahrens und der Beweisaufnahme sparen. Dann wäre die Hauptverhandlung nur ein Schauspiel, das man dem Publikum vorführt. Und das soll obrigkeitliche Auffassung sein, daß sich Richter und Staatsanwälte selbst zu Schauspielern herabwürdigen. Allerdings die Aburteilung — nicht die Verurteilung — muß nach Menschenmöglichkeit sichergestellt werden; „unbedingt“ ist zuviel gesagt, weil Flucht und Beweisschwierigkeiten, Krankheit und Tod unüberwindliche Hindernisse schaffen. Das Streben nach möglichster Sicherung der Aburteilung ist durch die Aufgabe des Staates und der Rechtspflege geboten, den Frieden zu bewahren. Das ist die Quelle und nicht der Obrigkeitsgeist der Beamten. Es ist allgemein bekannt, daß das Ideal, möglichst alle strafbaren Handlungen zur Aburteilung zu bringen (S. 103), von der Wirklichkeit nie erreicht wird, daß die Statistik mit ihren Zahlen der abgeurteilten Fälle weit hinter der tatsächlichen Kriminalität zurückbleibt, weil in zahlreichen Fällen das Verbrechen selbst oder der Täter unbekannt bleibt oder sonstige Hindernisse die Verfolgung von vornherein hemmen. Aber das ist doch kein Grund in den Fällen, die eine Verfolgung ermöglichen, der Aburteilung rechtliche Schwierigkeiten zu machen, dem Beschuldigten von Rechts wegen Vorschub zu leisten und es der Gesellschaft zu überlassen, sich mit ihm abzufinden. Das wäre nicht mittelalterliche, sondern vorsintflutliche Auffassung, eine vollständige Verkennung der staatlichen Aufgabe der Friedensbewahrung.

Gewiß kann man durch Strafen allein das Verbrechen nicht vernichtend bekämpfen. Ganz wirkungslos sind Strafen und Strafdrohungen trotzdem nicht, wenn das Volk nur sieht, daß Ernst damit gemacht wird. Daß während des Krieges und während der Revolution das Strafverfahren vielfach versagt hat, das hat zweifellos zur Stärkung der Kriminalität beigetragen. Wie die Wirkung der Androhung von Todesstrafe durch jede Begnadigung abgeschwächt wird, so muß die Wirkung jeder Strafdrohung überhaupt in dem Maße abnehmen, in dem die Verfolgung unterbleibt oder nur lahm geführt wird. Es ist deshalb durchaus verfehlt und gefährlich, wenn der Staat durch die Regelung des Strafverfahrens die Fälle der Nichtaburteilung vermehren hilft. B. ver-

kennt das Gesetz der Nachahmung, das in menschlichen Handlungen und besonders in den Verbrechen herrscht; die Gefahr der Nachahmung muß ohne energische Verfolgung wachsen.

Das Strafverfahren erscheint B. deshalb als so belanglos, weil er die materielle Wahrheit für unerforschbar hält (s. ob.). Was er unter materieller Wahrheit versteht, ist allerdings nirgends gesagt. Vielleicht verwechselt er die materielle mit der objektiven Wahrheit, die sich mit der Wirklichkeit deckt. Selbst diese ist nicht schlechthin unerforschbar; nur hat der Richter niemals die unbedingte Gewißheit, daß das Ergebnis der Beweisaufnahme die vergangene Wirklichkeit erreicht. Er muß sich mit der menschlichen und darum unvollkommenen Gewißheit begnügen. Die materielle Wahrheit aber wird, wenn alles seine Schuldigkeit tut, gefunden. Sie ist nur der Gegensatz zur formellen Wahrheit, mit der sich das mittelalterliche Verfahren vermöge der Herrschaft formaler Beweismittel und gesetzlicher Beweisregeln begnügen mußte. Die materielle Wahrheit ist das Ergebnis einer Beweisaufnahme, bei der alle zugänglichen materiellen, d. h. freier Beweiswürdigung unterliegenden Beweismittel ausgeschöpft werden. Auf diesem Wege erlangt der Richter diejenige Gewißheit, die Menschen überhaupt gewinnen können. Allerdings ist dabei Voraussetzung, daß bei der Aufnahme wie bei der Würdigung der Beweise neben der allgemeinen Menschenkenntnis auch die Psychologie zum Worte und zu ihrem Rechte kommt. Das Strafverfahren strebt daher weder etwas Unmögliches an, noch ist es überflüssig.

Nimmt man dem Strafverfahren im „Vertrauen auf das freie Spiel der Kräfte in der Gesellschaft“ die Mittel, um das Mögliche an Gewißheit zu erreichen, so wird man den Frieden im Staate zerstören. Welchen Terrorismus hat dieses freie Spiel der Kräfte im Duellunwesen geübt! B. selbst fürchtet von der Aufhebung der Todesstrafe ein neues Aufleben der Blutrache (S. 349, 350). Viel näher liegt es, in den zahlreichen leichteren Fällen, von denen B. S. 95 spricht, jede Art der Selbsthilfe und, was vielleicht noch schlimmer ist, die vollständige Entwertung der Freisprechung, das Umsichgreifen der Verleumdung zu fürchten. Wenn das Strafverfahren bei Feststellung des angeblich begangenen Verbrechens versagt, so wird es auch gegenüber der Verleumdung versagen. Auf diesem Wege aber werden unendlich viel mehr Unschuldige vernichtet werden als je durch Richter Unschuldige verurteilt worden sind. Dagegen gibt es nicht einmal eine Wiederaufnahme. Wer dem Strafverfahren seine Kraft und

Schärfe nimmt, zerbricht dem materiellen Strafrecht das Rückgrat. Die Folgen für Sitte und Kultur sind unabsehbar.

B. will, um möglichst eine Regelung zugunsten des Beschuldigten zu erzielen, einen reinen Parteiprozeß schaffen und, um die Staatsanwaltschaft möglichst unschädlich zu machen, möchte er am liebsten jedem aus dem Volke das Recht der Strafklage geben; er begnügt sich jedoch damit, daß in allen Fällen der Verletzte und sein Ehegatte das Strafklagerecht erhält (S. 289 ff.). Allerdings sieht B. selbst ein, daß in vielen Fällen sich niemand finden würde, der die Unbequemlichkeiten und die Kosten der Verfolgung auf sich nimmt, die Staatsanwaltschaft also doch einschreiten muß. Die Erfahrungen, die man im 16. Jahrhundert mit den Grundsätzen der C. C. C. über Anklageprozeß gemacht hat, würde man, da die gleichen Ursachen fortwirken, auch in der Zukunft machen: die Privat- oder Eigenklage würde für die Mehrzahl der Fälle auf dem Papier stehen. Das Opportunitätsprinzip lehnt B. ab, solange es eine Staatsanwaltschaft gibt. Die Entscheidung nach freiem Ermessen darüber, ob Anklage zu erheben sei, sollte allerdings nur einem unabhängigen Organ übertragen werden. Als solches denkt sich B. ein gleich der Einwohnerwehr aus der bürgerlichen Gesellschaft heraus und von dieser selbst geschaffenes Organ, dessen Entstehung er von der Zukunft erwartet (S. 139, 246).

Nicht hoch genug kann B. die Parteilichkeit als notwendige Folgerung aus dem Parteiprozeß preisen; sie soll auch dem Staatsanwalt gegenüber in einer Unzahl von Vorschriften durchgeführt werden, auf die einzugehen, hier der Raum fehlt. Aber wie wenig ernst es dem Verf. mit der Parteilichkeit ist, zeigt sich darin, daß er die Rechtsmittel der Berufung und Revision (Rechtsrüge) vorbehaltlich einer Ausnahme nur dem Beschuldigten zugestehen will. Es genügt, daß er mit dem Urteil zufrieden ist (S. 244). Dieser Vorschlag hängt sowohl mit der Feindseligkeit gegen die Staatsanwaltschaft, als mit der Gleichgültigkeit gegen eine möglichst erschöpfende Verfolgung zusammen (S. 246, 230).

Die Forderung des Parteiprozesses führt dazu, die Behandlung des Beschuldigten als eines Objektes des Verfahrens möglichst zu vermeiden. Es geht hier wie bei der Ungleichheit der Parteilichkeit; sie läßt sich nicht ganz ausmerzen. Selbst die ZPO. macht die Partei zum Objekt durch den Personalarrest, die Haft zur Erzwingung des Offenbarungseides, die Vorführung zur Erzwingung des persönlichen Erscheinens in Ehesachen (ZPO. §§ 918, 901 ff., 619 Abs. 3). Im Strafverfahren sind nach bisherigen



Begriffen unvermeidlich: vorläufige Festnahme, Vorführung, Untersuchungshaft, körperliche Durchsuchung. Die Maßregeln der Vorführung, einer Zwangshaft, der körperlichen Durchsuchung können auch Nichtbeschuldigte treffen, ein Beweis, daß der Mensch nicht nur als Beschuldigter zum Objekt des Verfahrens werden kann und daß hier nicht Mißachtung der Parteilichkeit, sondern eine in der Wahrheitserforschung begründete unumgängliche Notwendigkeit der letzte Grund ist. B. selbst lehnt unter Berufung auf Heine mann und v. Liszt nur die Untersuchungshaft wegen Verdunkelungsgefahr (Kollusionshaft) als zwecklos ab, weil Verdunkelung trotz Haft des Beschuldigten von ihm nahestehenden Personen unternommen werden könne (S. 106 ff., 113); letzten Endes schließe die lebendige Wirklichkeit eine Verdunkelung völlig aus. B. denkt dabei nur an die Überredung von Zeugen, die durch andere Zeugen widerlegt werden können, nicht an die Vernichtung oder Veränderung von Augenscheinsobjekten und Urkunden. Gewiß kann die Verdunkelungsgefahr durch die Haft nicht beseitigt, sondern nur vermindert werden; andererseits können die nahestehenden Personen wegen Begünstigung verfolgt werden, um Wiederholungen zu verhüten. Man könnte mit viel mehr Recht eine Ausdehnung der Kollusionshaft auf den Begünstiger verlangen, der nicht die Spuren seiner Tat, sondern einer fremden Tat zu verwischen unternommen hat. Daß der Beschuldigte als Beweismittel vollständig ausscheide, ist auch nach der Regierungsvorlage § 236 nicht richtig; vgl. Abs. 2 mit §§ 190 ff. Die darauf gebauten Erörterungen sind daher gegenstandslos; soweit sie auf Mißbräuche hindeuten sollen, werden diese nicht durch die Abschaffung der Kollusionshaft beseitigt, weil die Vernehmung im Strafverfahren bisher immer einen Zustand der Isolierung schaffte, der selbst durch die Gegenwart eines Verteidigers nicht ganz aufgehoben würde.

Im übrigen strebt B. an, die Verhängung der Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr einzuschränken. Er fordert, daß Haftbefehl nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden dürfe, ausgenommen bei gewerbs- und gewohnheitsmäßigen, erheblich vorbestraften Verbrechern und, wenn der Beschuldigte nach Zuziehung eines Verteidigers auf die mündliche Verhandlung verzichte (§ 129 Abs. 2). Bei Gefahr auf Verzug müßte vorläufige Festnahme vorausgehen. Ist dagegen nichts einzuwenden, so sind die Vorschläge recht bedenklich, wonach vom Haftbefehl nicht nur wegen Sicherheitsleistung, sondern auch dann Abstand genommen werden soll, „wenn als zuverlässig bekannte oder nachgewiesene Personen seines (nämlich des Beschuldigten) Be-

kanntenkreises durch schriftliche Erklärung dafür eintreten, daß eine Flucht nicht erfolge, oder wenn der Beschuldigte sich feierlich verpflichtet, sich dem Verfahren nicht zu entziehen (§ 139)“. Grund: die Loskaufung durch Sicherheitsleistung ist kapitalistisch. Die Unterlassung des Haftbefehls auf gute Worte hin wäre ebenso zweifellos ein unverantwortlicher Leichtsinns.

Mit dem Parteiprozeß hängt noch das Verlangen nach Erweiterung der Verteidigung und der Verteidigungsrechte sowie die Forderung zusammen, daß nur Rechtsanwälte und Rechtslehrer als Verteidiger bestellt werden sollen, nicht Beamte (S. 126, 134). Jedoch beanstandet B. die im § 161 Abs. 3 zugelassene Übertragung der Verteidigervollmacht auf einen Referendar nicht.

## II.

An die Inhaber der richterlichen Gewalt werden die höchsten, ja zum Teil unerfüllbare Anforderungen gestellt. „Der Richter hat in seinem Spruch auch die geheimsten Entscheidungsgründe offenzulegen; die Meinungsverschiedenheiten der Richter sind unter Angabe ihrer Gründe und Namhaftmachung ihrer Vertreter bekanntzumachen“ (Gegenvorschlag zu § 1 GVG.). Die Offenlegung der geheimsten Entscheidungsgründe wird daran scheitern, daß solche Gründe dem Richter selbst, weil ihm unbekannt, verborgen bleiben. Wieviel Unbewußtes wirkt bei Würdigung der Beweise, der Persönlichkeit von Zeugen und Beschuldigten mit! Was nicht in der Beratung — die zukünftig nicht mehr geheim bleiben könnte — ausgesprochen wird, kann auch bei der Absetzung des Urteils nicht zu Papier gebracht werden. Konnten bisher die Vorschriften über den notwendigen Inhalt der schriftlichen Abfassung mangelhaft genannt werden, so würde die Erfüllung der Forderungen von B., soweit sie überhaupt möglich ist, unverhältnismäßig viel Zeit und Papier kosten. Da B. unter den Richtern die Schöffen und Geschworenen mitverstehen (vgl. Gegenvorschläge zu §§ 15, 17, 20, 22), würde auch von den Geschworenen eine solche Begründung gefordert werden müssen, was jedoch die Meinung nicht sein kann. Mit Genauigkeit könnte diese Forderung höchstens unter Zuhilfenahme zweier Stenographen oder so vieler Phonographen als Richter mitwirken, erfüllt werden.

Die Berufung zum Richteramt soll politisiert werden und in den Mittelpunkt des Berufungsverfahrens sollen die Kommunalverbände treten. Nicht nur die Laienrichter werden nach B. von den Mitgliedern der politischen Gemeinde gewählt (S. 15, 27); auch die Ernennung der ständig anzustellenden, der Berufsrichter,

soll nach dem Vorschlage des Kommunalverbandes und nach Anhörung des Vorstandes der Anwaltskammer aus den Rechtsanwälten und solchen Gerichtsassessoren erfolgen, die beim Inkrafttreten des Gesetzes bereits als Richter tätig sind (S. 7). Ebenso sollen die Mitglieder und Vorsitzenden der Strafkammern und der Schwurgerichte aus einer vom Kommunalverband aufgestellten Vorschlagsliste vom Plenum des Landgerichts gewählt werden. Strafrichter müssen jedoch auf Verlangen des Kommunalverbandes abberufen werden (S. 21); deshalb muß das Geheimnis der Beratung aufgehoben werden (s. oben zu § 1 GVG.). Nur die Mitglieder des Reichsgerichts werden vom Reichspräsidenten ernannt. Zum Plenum des Landgerichts gehören nach dem Gegenvorschlag zu § 61 außer den Mitgliedern des Gerichts sieben von der Anwaltskammer gewählte Rechtsanwälte, sieben von den mittleren Beamten gewählte mittlere Beamte, sieben von den unteren Beamten gewählte untere Beamte. Dieses Plenum entscheidet auch über die Verteilung des Vorsizes in den Zivilkammern. Der Präsident des Landgerichts soll keine richterliche Aufgabe mehr haben; er wird durch alle dem Gericht angehörenden Beamten und die beim Landgericht zugelassenen Rechtsanwälte gewählt; er kann auch ein mittlerer Beamter, Rechtsanwalt, Verwaltungs- oder Kommunalbeamter sein (S. 19 zu § 58). Der gewählte Richter wäre nicht, wie B. vorgibt (S. XXIII), Vertrauensmann des Volkes, sondern nur Vertrauensmann einer Partei, die ihn wählt. Jedes Wort über diese Art der Unabhängigkeit ist überflüssig, zumal sich B. nicht die Mühe gibt zu erklären, wie die von ihm vorgeschlagene Ordnung mit RVerf. Art. 102 vereinbar sein soll. Die Erfahrungen, die man in der Schweiz und in Amerika mit der Richterwahl gemacht hat<sup>3)</sup>, sind offenbar nicht berücksichtigt.

Damit die alten, natürlich meistens von dem verwerflichen Obrigkeitsgeist besessenen Richter möglichst bald verschwinden, schlägt B. als Altersgrenze das 55. Lebensjahr vor. Ausnahmen können im Einverständnis mit dem Kommunalverband und dem Vorstand der Anwaltskammer durch die Landesjustizverwaltung, bei Mitgliedern des Reichsgerichts durch den Reichsjustizminister bewilligt werden (zu § 8 GVG.). Mit dem Wortlaut von Art. 129 und 104 Abs. 1 RVerf. ist das allerdings vereinbar. Die Vorschrift wird aber nicht nur gegen die alten, sondern ebenso gegen alle nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes angestellten Richter wirken und bei den höheren Gerichten einen Personalwechsel herbei-

<sup>3)</sup> Vgl. Reichel, H., Bestellung und Stellung der Richter in der Schweiz und im künftigen Deutschland. 1919.

führen, der irgendeine Beständigkeit in der Anwendung der Rechtssätze nicht mehr erwarten läßt und damit auch die Rechtssicherheit gefährdet.

Darauf legt jedoch die neue Staatsauffassung keinen Wert (S. 237). Auch bei den OLG. und dem Reichsgerichte sollen neben den ständig angestellten Richtern in jedem Senat zwei Schöffen mitwirken, von denen einer nach dem Vorschlage der Anwaltskammer aus dem Anwaltsstande, einer durch Wahl des Landtages, beim Reichsgerichte durch Wahl des Reichstages, zu berufen ist (zu §§ 124, 140 GVG.). Was sollen Laien bei der Beurteilung der Rechtsrüge? Die Antwort gibt B. in anderem Zusammenhange: Rechtsfragen sind zumeist Willens- und Weltanschauungsfragen (S. 260). So großes Gewicht B. auf die juristische Bildung der Verteidiger legt, so wenig scheint er sie bei den Richtern zu schätzen. Das zeigt sich auch in einer neuen Auffassung des Satzes: in dubio pro reo.

Bisher galt diese Norm als eine Richtschnur für den einzelnen Richter gegenüber den eigenen, nicht durch überwiegende Gründe zu entkräftenden Zweifeln. Jedes Mitglied eines Kollegiums konnte und sollte sich bei der Abgabe seiner Stimme für die mildere Ansicht entscheiden, wenn ihm schien, daß die Gründe für und wider sich die Wage hielten. Für den Spruch selbst aber war der Grundsatz maßgebend: Die meisten Stimmen gelten, soweit nicht Zweidrittelmehrheit vorgeschrieben war. Die Mehrheit der Stimmen schließt den Zweifel aus. Dagegen verlangt nun B., daß jeweils die dem Beschuldigten günstigste Meinung dem Urteil oder Beschlusse zugrunde gelegt wird, wenn sie auch nur von einem Richter im Kollegium vertreten ist (vgl. S. 32, § 123b GVG. und S. 191 zu § 258 Abs. 1). Es ist klar, daß der eine Laie so das ganze Kollegium zwingen kann, seine mildere Auffassung dem Spruch zugrunde zu legen. Nur wenn mehr als zwei Meinungen hervortreten, soll der Vorsitzende eine mittlere Durchschnittsmeinung bilden (zu § 198 Abs. 3 GVG.) und bei Plenarentscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen soll die dem Angeklagten günstigste Ansicht zugrunde gelegt werden, wenn sie von einem Viertel der Stimmen vertreten wird (S. 35, § 137 Abs. 6 GVG.).

Daß Rechtsfragen Willens- und Weltanschauungsfragen seien, ist zwar für den Gesetzgeber richtig, der die Rechtssätze schafft, für den Richter dagegen höchstens insofern, als auch er rechtsschöpferisch wirken kann. Auf strafrechtlichem Gebiete ist das aber nur in beschränktem Maße der Fall und bei der Anwendung der strafbaren Tatbestände sowie der Strafraumen ausgeschlossen



(RVerf. Art. 116; StGB. § 2). Die im StGB. aufgerichteten Schranken würden sonst allen Wert verlieren. Niemand könnte noch wissen, was strafbar ist, wenn es nur darauf ankommt, wie B. will, welche Auffassung als die mildeste im einzelnen Richterkollegium vertreten wird. Nicht einmal die Strafausmessung innerhalb des Strafrahmens kann als reine Willens- und Weltanschauungsfrage bezeichnet werden, weil der Richter auf das pflichtmäßige Ermessen, das Abwägen aller Umstände angewiesen ist.

Mit den bisherigen Vorschlägen ist die Fürsorge des Verf. für die Erreichung der Ziele des Strafprozesses noch nicht erschöpft. Zugunsten des Angeklagten hat B. einen neuen Ablehnungsgrund erfunden. Nach § 17a (S. 55) soll die Ablehnung auch begründet sein, „wenn sich ergibt, daß der Richter dem Beteiligten, dem Prozeßstoff und den darin verstrickten Beweismitteln wesensfremd gegenübersteht“. Die Vorschrift scheint zwar objektiv gefaßt, so daß sich auch der Eigenkläger oder der Staatsanwalt darauf berufen könnte (§ 26 S. 59); der Abs. 2 belehrt eines Besseren mit den Worten: „Dieses Ablehnungsrecht kann nur der Verteidiger ausüben“ (vgl. auch § 326a S. 250). Zur Ausgleichung wird dem Staatsanwalt nur (ausnahmsweise) die Rechtsrüge gewährt, um geltend zu machen, „daß der Freispruch oder die zu milde Bestrafung auf einer allzu großen Wesensverwandtschaft des Gerichts oder einzelner Richter mit dem Angeklagten beruht“ (§ 326b). Dieser letzte Satz soll offenbar der Auslegung vorbeugen: Der Verbrecher darf nur durch wesensverwandte Verbrecher abgeurteilt werden, ferner der Kommunist nur durch Kommunisten usw. Es soll nach S. 55 jede Willkür ausgeschaltet werden. Was hier unter wesensfremd und wesensverwandt verstanden wird, bleibt dabei vollständig unklar <sup>4)</sup>. Der § 326b ist übrigens noch mit Klauseln versehen, die seinen Wert erheblich herabdrücken: Das Rügegericht darf erst dann in eine Prüfung dieser Rechtsrüge eintreten, wenn der Justizminister binnen eines Monats zustimmt und, falls dieser zustimmt, hat er unverzüglich dem Reichstag zu berichten und auf dessen Verlangen die Zurücknahme der Rechtsrüge zu veranlassen oder die Begnadigung herbeizuführen, sofern die Sache nach ihrer Zurückverweisung durch das Rügegericht rechtskräftig zuungunsten des Angeklagten entschieden ist. Die Einmischung des Justizministers als seines Vorgesetzten muß sich der Staatsanwalt gefallen lassen und, so könnte man vielleicht meinen, der Justizminister muß die

<sup>4)</sup> Dadurch, daß ich die Tat „in meiner Seele reproduzieren“ kann (Arch. f. Strafr. 63 S. 35), werde ich dem Verbrecher nicht wesensverwandt, wenn ich die Tat selbst ablehne.

Einmischung des Reichstags dulden, von dessen Vertrauen er abhängig ist, aber das würde für die Landesjustizminister nicht zutreffen. Wenn dagegen die Entscheidung des Reichstags eine einheitliche Handhabung der Vorschrift sichern soll, so entsteht die Frage: wie kommt der Reichstag dazu, sich in die Landesjustizverwaltung einzumischen? Die Aufsicht kommt der Reichsregierung zu (Art. 15 RVerf.). Auf diesem Wege führt der Parlamentarismus zur Einmischung der Volksvertretung in die Rechtspflege. Der Reichstag wird mittelbar zum Subjekt des Begnadigungsrechts gemacht. Es fehlt nur noch die Volksabstimmung.

### III.

Mit der wunderlichen Anwendung des in dubio pro reo hängt auch der schon erwähnte Grundsatz des Rechtsmittelverfahrens zusammen, daß das Urteil nicht zuungunsten des Angeklagten angefochten werden darf (Gegenvorschläge zu §§ 307, 321 s. ob.). Zwar verlangt B. um der „absoluten Heiligkeit“ der Gesetze willen zu § 339, daß das Rügegericht das angefochtene Urteil im vollen Umfange nachprüfen muß, also nicht auf die Prüfung der Beschwerden des Angeklagten beschränkt sein soll — für das Berufungsverfahren fehlt ein entsprechender Vorschlag. Aber das Verbot der reformatio in pejus würde doch eine Abänderung zuungunsten des Angeklagten verhindern und das Untergericht an das zurückverwiesen wird, soll nach den Gegenvorschlägen zu §§ 319 und 345 an die rechtliche Beurteilung des höheren Gerichts nur gebunden sein, wenn sie dem Angeklagten günstig ist. Die „absolute“ Heiligkeit des Gesetzes ist also nur eine relative. Es ist B. damit so wenig Ernst wie mit der Parteiengleichheit.

Die Frage, ob auch dem Eigenkläger im Interesse des Angeklagten Rechtsmittel versagt werden, ist von B. nicht genügend geklärt. Der Beweggrund für die Versagung gegenüber dem Staatsanwalte, nämlich der neue Geist, „daß von dem Rechtsmittel der Rechtsrüge kein Gebrauch gemacht wird, selbst wenn eine Gesetzesverletzung vorliegt, weil der Angeklagte mit dem Urteil zufrieden ist“ (S. 244), führt zu dem Schlusse, daß auch dem Eigenkläger Berufung und Rechtsrüge versagt werden. Die Gegenvorschläge lassen in der Tat den ersten Satz des § 381 unberührt: „Dem Eigenkläger stehen dieselben Rechtsmittel zu wie im Verfahren auf öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft.“ Der zweite von der Begründung der Rechtsrüge des Eigenklägers handelnde Absatz des § 381 könnte demnach nur auf den Ausnahmefall des § 326b (s. oben S. 397) bezogen werden. Aber was

soll gegenüber der Rechtsrüge des Eigenklägers die Genehmigung des Justizministers und des Reichstages, die dort gefordert wird? Ist doch noch ein Rest von dem in den tiefsten Abgrund der Hölle verdamnten Obrigkeitsgeist im Verf. selbst stecken geblieben?

Wie vertragen sich diese Forderungen des § 326b mit der Rechtsauffassung, auf der B. die Eigenklage aufbaut und wonach der Strafanspruch dem Verletzten, nicht dem Staate zusteht? B. zieht daraus die Folgerung, daß der Verletzte auf den Strafanspruch verzichten darf und daß mit seiner Zustimmung künftig Begnadigung eintreten muß (S. 293). Über das Wesen der Strafe macht sich B. offenbar keine Gedanken. Die Strafe ist eine Leistung an den Staat; auch die Geldstrafe wird an den Staat gezahlt. Wie kommt der Staat dazu, die Geldstrafe nicht nur durch seine Kassen, sondern für sich einzuziehen, wenn der Anspruch auf Strafe dem Verletzten zusteht? Und mit welchem Rechte vollzieht der Staat Freiheitsstrafen von Amts wegen, wenn der Anspruch auf Strafe nicht ihm, sondern dem Verletzten zusteht? Die Ansicht des Verf. müßte dazu führen, daß die Strafvollstreckung nur auf Antrag des Verletzten stattfinden dürfte. B. erklärt in dieser Beziehung allerdings (S. 293): „mit Zustimmung des verletzten Eigenklägers muß künftig Begnadigung erfolgen; er setzt dabei wohl eine Bitte des Verurteilten um Begnadigung voraus. Wenn man aber den Eigenkläger zum Subjekt des Begnadigungsrechtes macht, dann müßte die Begnadigung vom Eigenkläger aus eigenem Antrieb bewilligt werden können, indem die Frage, ob das Urteil vollstreckt werden soll, verneint wird. Der Eigenkläger, nicht das Gericht müßte ferner den Aufschub der Vollstreckung bewilligen, da diese ja ganz von seinem Willen abhängt. So zeigt sich an einer Beziehung recht deutlich, wie durch die neue Staatsauffassung der Staat atomisiert wird, indem wichtige Aufgaben von staatlichen Organen auf einzelne Privatpersonen übertragen werden. Bei der Lösung der Aufgaben würde die Rücksicht auf das Gemeinwesen schweigen. Der Einzelne würde sich nicht scheuen, jeden Strahl der Sonne seiner Gnade zu verkaufen. Man braucht nur an die Erfahrungen mit dem Antragsrecht vor 1876 zu denken.

Der Verletzte müßte auch die Kosten tragen, soweit sie ihm nicht vom Verurteilten ersetzt werden. B. zieht selbst diese Folgerung nicht. Natürlich! Niemand möchte eine Eigenklage erheben, wenn er selbst im Falle des Sieges Kosten tragen müßte. B. schlägt im § 468a vor: „Die der Staatskasse zur Last fallenden, uneinbringlichen Kosten der Strafrechtspflege sind jährlich zu ermitteln und als besondere Steuerzuschläge von den Be-

völkerungskreisen einzuziehen, denen ihr Schutz vorzüglich zugute kommt.“ B. stellt sich wohl vor, daß die „Bourgeois“ diese Kreise bilden. Dies trifft aber nicht einmal für die Eigentumsdelikte zu, denn auch der Arbeiter kann bestohlen werden, auch der Arbeiter wird durch Unterschlagungen getroffen, die den Fabrikanten zum Bettler machen, so daß der Fabrikbetrieb eingestellt werden muß; die Beraubung und der Raub einer Lohnkasse trifft wenigstens vorübergehend die Arbeiter. Und wie steht es mit Körperverletzungen, Nahrungsmittelfälschungen, Sprengstoffdelikten, Amtsdelikten usw.? Gibt es überhaupt Bevölkerungskreise, die vorzugsweise davon betroffen werden? Ist nicht durch jedes Delikt der Staat verletzt, von dem das Strafgesetz ausgeht? Aber dann muß auch der Staat Subjekt des Anspruchs auf Strafe sein. Übrigens entwischt dem Verf. in seinem § 468a ein wichtiges Geständnis, daß nämlich die Strafrechtspflege doch jemandem zugute kommt, also nicht ganz wirkungslos ist, wie er vorgibt (ob. S. 386). Auch hier fällt B. in veraltete Anschauungen zurück.

#### IV.

In der Besetzung der Gerichte, in der eigentümlichen Auffassung des in dubio pro reo, in der einseitigen Begünstigung des Angeklagten durch Berufung und Rechtsrüge, in der Auffassung des Verletzten als Subjektes des Anspruchs auf Strafe tritt das wahre Ziel des Verf. hervor, das materielle Strafrecht, weil es nicht einfach beseitigt werden kann, auf dem Umwege über den Strafprozeß unschädlich zu machen. Den vornehmen Satz des Ulpian (*satius enim esse in punitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* (Dig. XXXXVIII 19, 5 pr.)) verzerrt B. zur Unkenntlichkeit, indem er die Möglichkeit einer Bestrafung auf jedem Wege untergräbt. Die von ihm vorgeschlagenen Rechtssätze ermöglichen die Verwirklichung des bekannten Märchens von der Klassenjustiz<sup>5)</sup>, nur in umgekehrter Richtung. Unter den nach politischen Gesichtspunkten gewählten Richtern wird sich immer einer finden, der zugunsten des Angeklagten eine mildere, ja die möglichst milde Auffassung vertritt, auch wenn alle andern Richter nur eine andere Deutungsmöglichkeit sehen. Dieser Weg führt zur reinen Willkür. Mag das neue StGB. den Subjektivismus ausschließen und die Strafbar-

<sup>5)</sup> Einzelne Fälle, wie sie neuerdings im Reichstag vorgebracht worden sind (Jur. Wochenschr. 51 S. 442 ff.), beweisen nicht die Berechtigung, das Urteil zu verallgemeinern.



keit mancher Tatbestände beseitigen oder einschränken<sup>6)</sup>; mag man weiter den Richter durch das StGB. ermächtigen, in leichten Fällen von Strafe abzusehen. Man wird damit rascher und sicherer zum Ziele kommen als mit gewagten Neuerungen in der Gerichtsverfassung und im Strafverfahren. Hier soll das materielle Recht durchgesetzt werden; ohne diesen Zweck hat das Strafverfahren überhaupt keine Daseinsberechtigung. Es ist daher widerspruchsvoll, das Verfahren zu benutzen, um wirkliche oder vermeintliche Mängel des materiellen Rechts aufzuheben. Es ist staats- und friedensfeindlich, durch das Verfahren das materielle Strafrecht unwirksam zu machen.

Die Richtung der ganzen Arbeit auf dieses Ziel läßt den Verf. manches in den Entwürfen übersehen, was verbesserungsbedürftig wäre. Ein falscher Obrigkeitsgeist beherrscht den Abs. 1 des § 188 mit der Forderung, daß die Staatsanwaltschaft ihre Hilfsbeamten „mit bestimmten Aufträgen versehen“ muß, als ob der vorgesetzte Staatsanwalt die Tatsachen besser kenne wie der Polizeibeamte, als ob nicht dessen Nachforschungen den Staatsanwalt erst in die Lage versetzen, zu handeln. Ein falscher Obrigkeitsgeist spricht auch aus den §§ 236 und 241, als ob der Vorsitzende das, was die Auskunftsperson in einem früheren Termin vorgebracht hat, besser und zuverlässiger ausdrücken könnte, wie der vernehmende Richter oder der damals anwesende Gerichtsschreiber im Protokoll. Das Umgekehrte ist richtig. Die mittelbare Wiedergabe schafft eine schlechtere Urteilsgrundlage als die unmittelbare Verlesung des Protokolls.

Die Einseitigkeit, die das Werk beherrscht, hat jedoch nicht verhindern können, daß mancher beherzigenswerte Gegenvorschlag zutage kommt; so die Forderung der Abschaffung der Hilfsrichter im Strafprozeß (§ 10a GVG.), das Verlangen nach Beibehaltung der peremptorischen Ablehnung der Geschworenen, das Bestreben, das Schwergewicht des Verfahrens in die erste Instanz zu verlegen, die Vorschläge über die Wiederaufnahme, die Beseitigung der Sollvorschriften gegenüber Behörden. Die herkömmliche Unterscheidung der beiden Befehlsformen „soll“ und „muß“ ist nicht nur sprachwidrig (vgl. die Lutherische Übersetzung der zehn Gebote), sondern im öffentlichen Recht gegenüber Behörden auch deshalb verfehlt, weil der Beamte verpflichtet ist, nach Vorschrift zu handeln, sobald die Voraussetzungen vorliegen. Das gilt selbst dann, wenn im Gesetz die

<sup>6)</sup> Liepmann, M., Die Reform des deutschen Strafrechts (Hamburgische Schriften z. gesamten Strafrechtswissenschaft Heft 2) 1921 S. 45 ff.

Ermächtigungsform „kann“ gebraucht wird. Daß der Richter gegenüber einem Gesetzesbefehl die Pflicht haben soll, in gewisser Weise zu verfahren, die Parteien aber kein Recht auf das pflichtmäßige Handeln haben, ist nicht Ausfluß eines übertriebenen Obrigkeitsgeistes, sondern ist eher das Gegenteil und jedenfalls widersinnig. Die herrschende Auffassung der Befehlsform „soll“ sagt dem Richter: Du bist zwar verpflichtet, das zu tun, du kannst aber in jedem einzelnen Fall tun, was du für gut findest. Ein Befehl, der mit dem nämlichen Atem zurückgenommen wird, ist kein Befehl; man muß dem Verf. darin recht geben: Dieser Sprachgebrauch erweckt im Richter und in den Beteiligten die Vorstellung der Zulässigkeit von Willkür.

Auch unter den zahlreichen Vorschlägen, die eine Gleichheit der Parteirechte anstreben, wird sich bei sorgfältiger Prüfung manches Wertvolle finden.

Ebenso verdienen aus den Vorschlägen zum Entwurf eines Jugendgerichtsgesetzes einzelne als besonders beachtenswert hervorgehoben zu werden. Dazu gehört vor allem die Hin- und Rückführung der Altersgrenze bis zur Mündigkeit im Sinne des BGB. (Gegenvorschlag zu § 1). Dabei ist jedoch zu erwägen, daß der jetzige, durch die staatliche Umwälzung geschaffene Widerspruch im Rechtszustand, wonach Unmündige nach BGB. mündig nach Staatsrecht sind, insofern sie das aktive Wahlrecht haben, durch die StPO. nicht weiter vertieft werden darf. Es geht nicht an zu sagen: der 20jährige ist politisch mündig, aber er ist nicht schlechthin reif, Recht und Unrecht, Strafwürdiges und Nichtstrafwürdiges zu unterscheiden. Es wäre an der Zeit, auch in der Frage des Volljährigkeitsalters wieder Ordnung zu schaffen. Die unbedingte Notwendigkeit der Verteidigung (S. 393) ist eine richtige Folgerung aus der Unmündigkeit des Beschuldigten, zumal es sich im Strafverfahren gegen Jugendliche immer um schwerere Fälle handeln wird, zu denen auch der Rückfall gehört, während die leichteren durch Erziehung erledigt werden können. Gut ist ferner der Vorschlag ebenda: „Als Verteidiger kann jeder bestellt werden, der von dem Jugendamt oder einer Jugendfürsorgevereinigung für geeignet erklärt worden ist; sie sind vom Jugendrichter zur Einreichung von Vorschlagslisten aufzufordern.“ Der Regierungsentwurf enthält in dieser Beziehung eine fühlbare Lücke. Jugendrichter soll nur der Vormundschaftsrichter sein; auch das Ersuchen um Vernehmungen soll nur an einen Vormundschaftsrichter gehen (S. 388). Sehr gut ist die Forderung zu § 31, daß der Jugendliche vor Erlassung eines Strafbefehls in Gegenwart seiner Eltern oder anderer Angehörigen

mündlich vernommen werden soll, um ihm den Ernst der Sache klarzumachen, weil das schriftliche Verfahren keinen oder nur geringen Eindruck hinterlassen würde (S. 397).

Obwohl manche Gedanken und Ausführungen des Verf. wie Fieberphantasien anmuten, wäre es verfehlt, sein Buch und seine Vorschläge nicht ernst zu nehmen. Nach einer bei Guckenheim<sup>7)</sup> mitgeteilten Äußerung des vom Münchner Standgericht zum Tode verurteilten Leviné hat der Führer der Massen „die Aufgabe, das auszusprechen, was die Massen instinktiv ersehnen und wünschen“. Wie ernst die Bestrebungen der von B. vertretenen neuen Richtung zu nehmen sind, beweist der im preußischen Landtag gestellte Antrag, wonach „hervorragend befähigte und praktisch erfahrene Personen aus allen Kreisen des Volkes nach Ablegung der Gerichtsassessorenprüfung die Befähigung zum Richteramte sollen erlangen können, auch wenn sie den bisher vorgeschriebenen Ausbildungsgang nicht durchgemacht haben“. Dieser Antrag, gegen den sich die Verbände der Berufsjuristen einmütig erheben<sup>8)</sup>, geht schon einen Schritt weiter wie B., der noch an der wissenschaftlichen Ausbildung und Erziehung der Berufsrichter festzuhalten scheint, trotzdem er bei diesen eine solche Ausbildung nicht besonders schätzt. Man wird es deshalb als ein Verdienst des Verlags preisen müssen, daß er dem Verf. zur Veröffentlichung seines Werkes verholfen hat, das zwar in seiner Hauptrichtung ein Denkmal des verirrten und verwirrten Geistes der Zeit ist, aber doch auch wertvolle Bausteine zur Reform enthält. Soweit die Vorschläge Verirrungen sind, ist es besser, daß sie allgemein bekannt werden und bekämpft werden können, als daß sie wie ein schleichendes Gift im Geheimen, gelegentlich und mündlich unter Verhältnissen verbreitet werden, die das Licht der Kritik ausschließen.

<sup>7)</sup> Guckenheimer, Ed., Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht (Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtsw., herausgeg. v. Liepmann, Heft 1) 1921.

<sup>8)</sup> Juristische Wochenschrift 51 (1922) S. 4. Bendix antwortet darauf in Der Sozialist 8 S. 215 ff.: „Wir Juristen der neu aufziehenden Zeit müssen entschlossen sein . . . alle Kräfte für das erhabene Ziel des Aufbaues einer neuen Rechtskultur . . . einzusetzen.“ Den alten Juristen beschleicht dabei die Sorge: wenn diese neue Rechtskultur nur nicht das Ende jeder Kultur ist. Vestigia terrent.

## Grundlegung des Arbeitsrechts.

Von

Oberstlandesgerichtsrat und Honorarprofessor Dr. **W. Silberschmidt**  
in M ü n c h e n.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft beschäftigen sich ständig mit dem ArbeitsRecht. Zeitschriften und Jahrbücher sind ihm gewidmet worden, aber was es ist und wie weit es reicht, darüber besteht keine Übereinstimmung. Diese Frage legte man sich nicht vor, wenn es galt, den Bedürfnissen des Lebens durch neue Gesetze gerecht zu werden und die letzteren zu erläutern und miteinander zu vergleichen. Schon mehr Gelegenheit, auf die Frage einzugehen, bot sich, als K a s k e l, der Vertreter des Arbeitsrechts an der Hochschule Berlin, sich 1920 anschickte, diese neue Gesetzgebung in seinem „Neuen ArbeitsR“, jetzt in 3. Auflage erschienen, zusammenzustellen, zu ordnen und wissenschaftlich zu begründen. Aber K a s k e l begrenzte selbst den Stoff seiner Aufgabe auf die „Darstellung des neuentstandenen eigentlichen ArbeitsRs oder SozialRs“, „während unverändert gebliebene Teile des bisherigen ArbeitsR sowie sonstige neue gesetzliche Maßnahmen der sozialen Fürsorge (Wohnungs- und SiedlungsR, JugendR, Militärversorgungsrecht) grundsätzlich ausgeschieden sind“ und auch das „rechtsenzyklopädisch dazugehörige „SozialeVersicherungsrecht““ ebenfalls fehlte. K a s k e l wollte nur eine „systematische Vorarbeit“ für eine Wissenschaft des ArbeitsRs und damit zugleich für das Arbeitsgesetzbuch liefern. Rein praktische Ziele setzte sich die Denkschrift „Arbeitsrecht und Arbeitsschutz (einschließlich Militärversorgung“ die vom Reichsarbeitsminister Bauer „über die sozialpolitischen Maßnahmen der Reichsregierung seit 9. Nov. 1918“ 1919 der Nationalversammlung vorgelegt und der Öffentlichkeit unter dem gleichen Titel zugänglich gemacht, 1921 von den Referenten der einzelnen Teilgebiete im Arbeitsministerium fortgeführt wurde. Noch weniger durfte man in dieser Hinsicht von der Sammlung der arbeitsrechtlichen Gesetze erwarten, die 1920 einerseits durch Günther unter dem Titel „Arbeiterschutz und ArbeitsR“ in der Guttentagschen Sammlung deutscher Reichsgesetze, andererseits durch Prof. Dr. Hoeniger und Dr. Wehrle, unter dem Titel „ArbeitsR“ jetzt in 2. Auflage) in der Bensheimerschen Sammlung deutscher Reichsgesetze veranstaltet wurden, wenn auch Hoeniger eine wertvolle Einleitung vorausschickte und Günthers scheinbare Beschränkung des Begriffs



„ArbeitsR“ auf das DienstR im engeren Sinne Potthoff Veranlassung gab, in seinem Jahrbuche VII (1920) S. 160 auf eine schärfere Abgrenzung der Begriffe hinzudrängen (vgl. auch ebenda S. 148, Begriffsbestimmungen für das deutsche ArbeitsR). Die Gegensätze mußten bei der Besprechung des Schrifttums besonders zutage treten, vgl. einerseits Silberschmidt, Neues Schrifttum zur Theorie des ArbeitsRs in Potthoffs Jahrb. VIII (1921) S. 43, andererseits Nipperdey, Übersicht über das Schrifttum zum neuen ArbeitsR in der Neuen Zeitschrift für ArbeitsR I (1921) S. 65 f. Und nun erscheinen als Einführung in das Gebiet „Grundzüge des ArbeitsR“, von Dr. H u g o S i n z h e i m e r, RA am OLG, ordentlicher Honorarprofessor an der Universität Frankfurt a. M., mit dem ausgesprochenen Zwecke, „dem Mangel einer einheitlichen Zusammenfassung des ArbeitsRs“ abzuhelpen und durch innere Ordnung aller Teile die geistige Herrschaft über seinen Stoff anzutreten“. Das von hoher Warte aus in prachtvoller Sprache geschriebene Buch gelangt auch tatsächlich zum Ziele, einen einheitlichen Begriff des ArbeitsRs zu formen und im einzelnen darzustellen. Die Ergebnisse stimmen auch mit den Ansichten der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller überein. Wenn diese Ergebnisse in den folgenden Zeilen nachgeprüft werden sollen, und wenn versucht werden soll, um den Sinzheimerischen Begriff des ArbeitsRs noch einen weiteren Begriff des ArbeitsRs zu legen und abzugrenzen, so würde damit auch für den Fall des Gelingens dem hohen Werte des Sinzheimerischen Werkes keinerlei Abtrag geschehen. Zunächst aber muß zu drei vorausgesendeten Gedanken Sinzh.s die vollste Zustimmung ausgesprochen werden. Einmal zu dem, daß sich öffentliches und privates ArbeitsR nicht trennen lassen, daß es nur ein ArbeitsR gibt, und daß hier „die synoptische Methode angebracht ist, das Recht eines einheitlichen Lebensatbestandes als geschlossenen Ausdruck verschiedenfacher, auf einen Brennpunkt gerichteter RElemente zu sehen und darzustellen“ (S. VI). Dieser Grundsatz ist für das ArbeitsR durchaus berechtigt und führt hier dazu, das private R des Arbeitsvertrags und seiner Unterabteilungen, des Zeitlohnvertrags und des Akkordvertrags, auch insoweit zu berücksichtigen, als soziale Gesichtspunkte nicht in Frage kommen (vgl. den Grundriß zur Vorlesung über das ArbeitsR einerseits von Nipperdey, andererseits von Silberschmidt (in Potthoffs Jahrbuch VIII (1921) S. 30 und VII (1920) S. 112). Der Grundsatz der Untrennbarkeit von öffentlichem und privatem R führt im ArbeitsR insbesondere zu engerer Verbindung des neuen, meist öffentlichen, Rs, mit dem alten bürgerlichen R des Arbeitsvertrags, wirkt aber weit über das ArbeitsR hinaus auf das

ganze Gebiet des sog. WirtschaftsR, des HandelsR, des VersicherungsR, des Verhältnisses zwischen bürgerlichem R und freiwilliger Gerichtsbarkeit usw. und sprengt die strenge Scheidung zwischen den bürgerlich-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Angehörigen der Rechtsfakultäten.

Den zweiten hier zu begrüßenden Grundsatz drückt Sinz h. dahin aus: „Das ArbeitsR ist ein werdendes R, in dem sich nicht nur Vergangenes mit Gegenwärtigem, sondern auch Gegenwärtiges mit Zukünftigem mischt. . . Erst wenn wir das positive R nicht als fertiges Produkt, sondern als Wachstumskeim vor uns haben, erschließt sich uns sein Wesen ganz. Deswegen bedarf die Lehre des ArbeitsRs einer soziologisch-konstruktiven Methode, die nicht nur logische Begriffe, sondern auch Entwicklungsideen zugrunde legt.“ So richtig das ist, so folgerichtig muß es durchgeführt werden. Wenn aber Sinz h. fortfährt: „Eine solche Entwicklungsidee ist der soziale Gedanke; seine Entfaltung steht daher im Mittelpunkt der folgenden Darstellung“, dann darf man nicht in der gegenwärtigen, schon abgeschlossenen Entwicklung stehen bleiben, sondern man muß wirklich die Linien in die Zukunft verfolgen. Dann wird man sehen, daß der ursprünglich freie Arbeitsvertrag zum Schutze des nicht freien Vertragsteils geführt hat, daß zunächst als nicht frei der abhängige Arbeiter erschien, daß aber zum Teil schon jetzt und erst recht in der Zukunft dem Abhängigen der scheinbar Unabhängige, der aber wirtschaftlich unfrei ist, gleichsteht.

Der 3. Satz ist der, daß ebenso wie die Linien in die Zukunft diejenigen in die Vergangenheit freiliegen müssen. Die Rechtsgeschichte der Arbeit, die ich auch in der Vorlesung der Darstellung des ArbeitsRs vorausschicke, ist von größter Bedeutung für letzteres. Sie führt uns wieder von den zu einem Teil zufälligen Arbeitsformen der Gegenwart zu allen denkbaren Arbeitsformen aller Orte und Zeiten und erweitert unseren Blick für das R der Arbeit schlechthin. Und nachdem dies vorausgeschickt ist, kommen wir nun zum eigentlichen Inhalt des Buches: Sinz h. teilt es in drei Abschnitte ein: Des ArbeitsRs Grundlagen, Bau und Inhalt, Fortbildung. Man wird über die Einteilung streiten können, und insbesondere der dritte Teil behandelt nicht so sehr die Fortbildung als die Bedeutung des ArbeitsRs. Unanfechtbar ist aber die Notwendigkeit

I. einer Grundlegung des ArbeitsRs in dem Sinne, daß hier diejenigen untersten Begriffe festzustellen sind, auf denen sich das ganze Gebäude erhebt. Vor allem ist hier

1. vom Begriffe des ArbeitsRs und demnach der Arbeit auszugehen. Mit Recht erklärt Sinz h. : Das ArbeitsR regelt die Be-

ziehungen derjenigen Personen, die Arbeit leisten, wie Potthoff (in seinem ArbeitsR VII (1920) S. 171) richtig das ArbeitsR alle diejenigen Rechtsverhältnisse ordnen läßt, unter denen die Gesamtheit der Bürger ihre Arbeitskraft verwerten. Wenn aber nun Sinzh. wie Potthoff und andere sofort diesen Begriff als zu allgemein für das ArbeitsR aufgeben und nur die im Dienste eines andern geleistete Arbeit für das ArbeitsR gelten lassen wollen, so tun sie Unrecht. Die Arbeit des Abhängigen ist zurzeit von besonderer und von abgeschlossener Bedeutung, aber ihre Regelung erschöpft nicht den Begriff des ArbeitsR, das auch die Arbeit des nicht bediensteten Arbeiters in unserer Zeit, des Sklaven, des Hörigen, des Kolonen, des partiarischen Arbeiters früherer Zeiten mitumfassen muß. Sinzh. wiederholt hier den Satz, den andere vor ihm geschrieben haben: Würde das ArbeitsR die beiden Formen der Arbeit, des selbständigen und nicht selbständigen Arbeiters, in dem einen Begriff der vertraglichen Arbeit gegen Entgelt zusammenfassen, so würde es Lebensstatistiken verkoppeln, die sich innerlich fremd sind. Vgl. Potthoff a.a.O. S. 171 f., jetzt D. R. Z. 1921, 312 f. Dr. Arthur Herzfeld im ArbeitsR VIII (1921) S. 75 f. Gewiß ist unabhängige Arbeit verschieden von abhängiger Arbeit, aber beide bilden eben Arten der Gattung „Arbeit“ wie etwa Fabrikarbeit und Heimarbeit wieder Arten der Gattung „abhängige Arbeit“ darstellen. Da mag die eine Art ganz anders geregelt werden wie die andere, aber über allem Trennenden steht, daß es sich stets um Arbeit handelt, und von diesem Grundbegriffe muß auch bei der Ordnung der einzelnen Arten stets ausgegangen werden. Vgl. W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht in den Jahrb. f. NÖ. u. Statistik Bd. 67 und Sonderabdruck, sowie Silberschmidt in Recht und Wirtschaft X (1921) S. 240. Will man das nicht tun, so zerstört man das System, erklärt ein Teilgebiet zum Hauptgebiet und verkennt den Begriff des Arbeitsrechts als solchen, und zwar gleichviel ob man vom weltwirtschaftlichen oder vom deutschen Standpunkt ausgeht. Im ersteren Falle sucht man den Begriff der abhängigen Arbeit, wie er sich vorwiegend in Deutschland im Zeitpunkte der Staatsumwälzung gestaltet hat, an die Stelle des allgemeinen und überall gültigen Arbeitsbegriffs zu setzen und man verliert dabei den Zusammenhang mit dem Arbeitsrechte der übrigen Völker, die als ganz selbstverständlich den allgemeinen Arbeitsbegriff voraussetzen. Sie knüpfen überall an den Arbeitsvertrag an. So führt z. B. für das französische Recht Planiol, Traité élémentaire de droit civil vol 2, 599 den Arbeitsvertrag ganz allgemein, wie die Verfassung des Deutschen Reiches, schon nach C. c. 1779 auf die Arbeitskraft zurück. Vgl. übrigens Stocquart, Contrat de travail

1893, Hubert Valleroux, Le contrat de travail 1895, Bodeux, Etudes sur le contrat de travail 1896, Didion, Du contrat de travail 1897, Pascaud, Le contrat de travail au point de vue économique et juridique 1903 usw., während man früher auch in Frankreich von Dienstmiete gesprochen hatte und man auch dort das besondere ArbeitsR immer mehr kennenlernt. Vgl. zuerst Sauzet in Revue critique 1890 p. 26, Glataud, Du contrat de travail 1895 p. 121. Damit ist nun freilich nicht gesagt, daß jeder Arbeitsvertrag auch nach Arbeitsrecht zu beurteilen ist, so wenig das für das deutsche Recht zu vertreten ist (vgl. Silberschmidt, in R. u. Wirtschaft X (1921) S. 238). Wie dort die Anwendung des HandelsRs die des ArbeitsRs ausschließt, so hatte ein französischer Gesetzentwurf vom 2. Juli 1906, der einem Wunsche der Kommission für die Sammlung der Arbeitergesetze entsprach, diejenigen Verträge vom Arbeitsvertrag ausgenommen, welche von Personen abgeschlossen sind, die ihre Arbeit nicht einem oder mehreren bestimmten Unternehmern, sondern dem Publikum anbieten. Damit wäre z. B. das Straßengewerbe und die Verwendung von Kindern bei ihm vom ArbeitsR ausgeschlossen gewesen. Vgl. Raoul Jay im GKG XI (1906) S. 341 f. Auch in Italien knüpft die Entwicklung des Arbeitsrechts ganz allgemein an den Arbeitsvertrag an, wenn auch hier, ebenso wie in Deutschland, die Sonderbedürfnisse des Dienstrechts gefühlt werden. Vgl. Modica, H. contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione 1897.

Hiernach ist vom allgemeinen weltwirtschaftlichen Standpunkt aus das zu fordern, was Sinz h. einst in seinem Referate für den Verbandstag der Deutschen Gewerbe- und Kaufmannsgerichte in Leipzig, in seiner Schrift „Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen ArbeitsRs“, 1914 und in Pott Hoff s ArbeitsR III (1916) S. 31 gefordert hatte: ein allgemeines ArbeitsR, das die gemeinsamen Grundbegriffe und Grundformen zu sammeln hätte und daneben ein einheitliches Arbeiter- und AngestelltenR.

Zu derselben Forderung aber gelangt man vom Standpunkte des deutschen Rs aus. In ihm stellt Art 157 der Reichsverfassung die Arbeitskraft als Teil der allgemeinen Energiewirtschaft unter den Schutz des Reiches, und dieses verspricht die Schaffung eines einheitlichen ArbeitsRs, das nur im Sinne des weiteren Kreises verstanden werden kann, während der Schutz der Arbeit in der verschiedensten Weise möglich ist, durch Zölle oder Zollfreiheit, Bedarfsregelung, Monopolisierung usw. Für das einzelne vgl. Silberschmidt an den angeführten Stellen. Will man den Begriff des



ArbeitsRs näher feststellen, dann muß man ihn in seine Teile zerlegen.

a) Der Begriff der Arbeit wird sofort von Sinzh. wieder zu sehr eingengt. Während das Versprechen des Schutzes der Arbeit sich auf jede, rechtlich irgendwie erhebliche Äußerung der menschlichen Arbeitskraft bezieht, also auch auf die Tätigkeit des Bauern, Handwerkers, Künstlers, Gelehrten, Unternehmers, engt sich die Wirkung des ArbeitsRs auf die nach außen in die Erscheinung tretende wirtschaftliche Arbeit, aber doch nicht soweit ein, wie Sinzh. S. 3 es darstellt. Wenn danach nur die Arbeit auf Grund rechtlicher Verpflichtung in Frage kommen soll, so denkt Sinzh. nur an privatrechtliche Verhältnisse, während das öffentliche R sehr wohl Veranlassung haben kann, auch die ohne Verpflichtung geleistete Arbeit zu regeln oder zu verbieten. So befaßt sich das ArbeitsR mit Leistungen wirtschaftlicher Art, die unter Inanspruchnahme von Kraft und Zeit zustandekommen. Vgl. Max Weber, Grundriß der Sozialökonomik III, Abt. 1. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen, S. 62. Naturwissenschaftlich ausgedrückt ist die Arbeitskraft gleich der Leistung mal Zeit oder die Leistung gleich Kraft durch Zeit. Vgl. Budde, Energie und Recht, S. 87; Silberschmidt im Reichsarbeitsblatt N. F. Bd. I (1921) S. 700 \*. Diese Leistung kann dann wieder verfügender oder nur ausführender Art sein (Weber a. a. O.) und damit gelangt man dann zur Teilung der Arbeit in selbständige und unselbständige. Wie sich aber gezeigt hat, daß die ursprünglich als Ziel aufgestellte Freiheit des Arbeitsvertrags wohl rechtlich verkündet werden kann, aber wirtschaftlich in den seltensten Fällen besteht, so gibt es infolge der wirtschaftlichen Verhältnisse viele Zwischenstufen zwischen Unabhängigkeit und Abhängigkeit. „Appropriation der Unternehmerstellung schließt nicht aus, daß tatsächlich die Verfügung über die Art der Leitung kraft Kreditmacht oder Finanzierung in Händen Betriebsfremder liegt“ — Weber, S. 79 f. —, daß die Entgelte ganz oder zum Teil an den Besitzer des Bodens, von Bodenschätzen, Kraftquellen, Arbeitswerkstätten, Arbeitsmitteln, Rohstoffen gelangen, daß Verbände und Genossenschaften die tatsächliche Leitung haben, monopolistische, politische, herrschaftliche Einflüsse bestehen usw. Weber, S. 70 f.

Arbeit nur für den eigenen Nutzen wird regelmäßig in anderer Weise als auf dem Wege des ArbeitsRs geschützt werden, z. B. die des Bauern durch Zölle, aber nicht begrifflich vom ArbeitsR ausscheiden, wie Sinzh. annimmt. Gleiches gilt von der Arbeit von Familienmitgliedern nach §§ 1356, 1617 BGB, was sich schon daraus ergibt, daß bereits jetzt im Kinderschutzgesetz die Arbeit

der eigenen Kinder geregelt ist, zumal auch in solchen Fällen familienrechtlicher Verpflichtung wirkliche Arbeitsverträge abgeschlossen werden können. Auch Arbeiten aus allgemeiner Rechtspflicht, ehrenamtlicher Verpflichtung und besonderem Rechtszwang können unter das Arbeitsrecht fallen, wie § 139 RVO und die Vorschriften des RG über die Unfallfürsorge für Gefangene beweisen. Schließlich ist auch, entgegen Sinzh. und anderen (Potthoff usw.) auch die Entgeltlichkeit der Arbeit keine Bedingung der Zugehörigkeit zum ArbeitsR. Einmal schon nach dem, was vorher über die familienrechtliche Verpflichtung gesagt wurde. Dann aber selbst aus privatrechtlichen Gründen. Ganz regelmäßig wird ja Arbeit nur gegen Entgelt geleistet. Aber Arbeit und Arbeitsvertrag liegen, wie das O e r t m a n n, Der Arbeitslohn, Bd. 16 der Bücherei des ArbeitsRs 1921, S. 9, richtig darlegt, auch bei unentgeltlicher Arbeit, insbesondere beim Auftrag nach §§ 662 f. und bei unentgeltlicher Verwahrung nach §§ 688 f. BGB vor. Insbesondere fallen die Tätigkeiten des kaufmännischen und gewerblichen Volontärs und Lehrlings, wenn sie Arbeitsleistungen versprechen, stets unter das ArbeitsR, wie sich auch wieder schon aus §§ 82 a und 76, Abs. 1, S. 1 HGB und §§ 126 ff. GO ergibt; daß Lehrlinge, die Lehrgeld bezahlen, nicht unter das Arbeitsrecht fallen sollen, ist, auch hier schon nach § 126 b, Ziffer 3 GO, ausgeschlossen (vgl. dagegen Sinzh. S. 7 und im allgemeinen P o t t h o f f in seinem ArbeitsR VII (1920) S. 170, VIII (1921) S. 18 f., 20 f., IX (1920) S. 192, R. u. Wirtsch. und im GKG XXVI S. 26, D. R. Z. 1921, 314). So kommt Sinzh. S. 4 zum Schlusse, daß nur die auf Grund eines Vertrags gegen Entgelt geleistete Arbeit Arbeit im Sinne des ArbeitsRs ist. Für uns besteht das Wesen der Arbeit im Sinne des ArbeitsRs darin, daß menschliche Arbeit, nicht nur abhängige Arbeit geleistet wird, daß Äußerungen menschlicher Kraft vorliegen, und daß diese menschliche Kraft den Rechtsschutz vor allem andern beanspruchen darf, weil die Güter ihn nur von dem Gesichtspunkt aus genießen, daß in ihnen Kraft aufgespeichert ist. Das heutige ArbeitsR wird deshalb bedeutungsvoll, weil es den Nachdruck auf das Recht der Persönlichkeit legt und weil es den aus dem SklavenR entnommenen Standpunkt des römischen Rs aufgegeben hat, daß die Arbeit eine zu kaufende und zu mietende Sache sei, wie es der Sklave war. Und damit gelangen wir zum Satze, daß

b) das ArbeitsR die Gesamtheit derjenigen Vorschriften ist, welche die Arbeit des Menschen betreffen und regeln. Daneben mag als ArbeitsR im engeren Sinne oder besser als ArbeiterR die Gesamtheit derjenigen Rechtssätze in Frage kommen, die das R des abhängigen Arbeiters und Angestellten betreffen.

2. Im Anschlusse an seinen Begriff des ArbeitsRs bestimmt nun Sinzh. den Begriff der Arbeitnehmer als diejenigen Personen, die die abhängige Arbeit als Berufspflicht oder als Vertragspflicht zu leisten haben. Den Begriff des Arbeitnehmers in diesem Sinne und der einzelnen in Betracht kommenden Gruppen von Arbeitnehmern hat vor allem Potthoff festzustellen gesucht. Lotmar (Arbeitsvertrag 1, 60 f.) hatte die Begriffe des Arbeitgebers und Arbeitnehmers rein formal festgelegt als derjenigen Partei des Arbeitsvertrags überhaupt, die Lohn bzw. Arbeit verspricht, unabhängig von der rechtlichen oder sozialen Stellung, so daß z. B. der Theaterdirektor oder der Arzt gegenüber der Allgemeinheit, der Unternehmer im Werkvertrag als AN erscheinen, während Lotmar feststellt, daß in den Gesetzen „AN“ und noch häufiger „Arbeiter“ meist für die AN-Partei gewisser spezieller Arten des Arbeitsvertrags, für den Angehörigen des Arbeiterstandes oder der Arbeiterklasse, gebraucht wird. Demgegenüber war Potthoff bestrebt, tunlichst einheitliche Bezeichnungen für das ArbeitsR überhaupt und für die AN insbesondere festzulegen. Vgl. ArbeitsR VII, 148 f., 169 f.; VIII, 18 f., 70 f., ferner „Der Begriff Arbeitnehmer im künftigen Arbeitsrechte“ in R. u. Wirtsch. IX (1920) J. 190 f. D. R. Z. 1921, 312 f. Danach soll ArbeitsR die Summe von RVorschriften sein, die das Arbeitsverhältnis regeln, Arbeitsverhältnis soll dann das tatsächliche Verhältnis zwischen AG u. AN sein. AG soll aber nur sein, wer sich Dienste aus einem Arbeitsverhältnis leisten läßt oder wer einen AN beschäftigt, und die AN zerfallen dann in Arbeiter, Angestellte, Beamte und Lehrlinge. Während hier scheinbar Arbeitsverhältnis jedes Verhältnis zwischen AG und AN überhaupt ist, wird dann der Begriff der AG und AN und damit auch der des Arbeitsverhältnisses eingengt, auf einen Begriff, der vielleicht besser als „Arbeiterverhältnis“ bezeichnet wird. Inzwischen hat aber Potthoff, wie sich noch zeigen wird, weitere Einräumungen gemacht. Vgl. andererseits Bodmann, Arbeitsverhältnisse, die keine sind, in Potthoffs ArbeitsR IX (1922), 45. Nun ergibt sich aus diesen Darlegungen, daß die Bezeichnungen von Sinzh. wie die von Potthoff ursprünglich für das allgemeine ArbeitsR geprägte Begriffe ausschließlich für das DienstR festhalten. Welche Bezeichnung führt nun der Handwerker, wenn er ständig für eine Fabrik arbeitet? Ist diese die Arbeitgeberin für ihn? Und bei der Heimarbeit? Sinzh. will hier (S. 5) die Hausgewerbetreibenden als selbständig ausnehmen und nur Heimarbeiter, die ausschließlich für einen andern nach Art eines Arbeiters tätig sind, aber auch wenn sie Familienangehörige beschäftigen, als ArbeitN betrachten. Aber Pott-

hoff geht hier mit Recht viel weiter. „Nicht der formale Umstand des Angestelltseins darf entscheiden!“ sagte er in seinem Aufsatz „Verlagsmäßige Heimwerker“ im ArbeitsR VIII (1921) S. 151. Er will die (Haus-) Heimgewerbetreibenden und alle, die ihnen gleichstehen, unter den sozialen Schutz des Art. 157 RVerf. stellen. Er betrachtet hier die Abhängigkeit im Verlagsverhältnis als Zwischenverhältnis und will diesen Heimwerkern die Handlungsagenten, Kommissionäre, Mäkler und, den Doppelsinn des Wortes „Verlag“ ausnutzend (ArbeitsR VI S. 108, VII S. 55, 110, 161, VIII S. 5, 33, 285) die „geistigen Arbeiter“, die Kassenärzte, allenfalls die Juristen oder Volkswirte, die sich zur Beratung von Vereinsmitgliedern verpflichten, gleichstellen. Was die Gruppe der Agenten, Kommissionäre usw. betrifft, so habe ich an anderem Orte darauf hingewiesen, daß die Anwendung des ArbeitsRs aufhört, wo die des HandelsRs beginnt (R. u. W. 1921, S. 241 f.). Aber im übrigen sind hier zweifellos AG und AN gegeben, die nicht unter die Gruppen von Sinz h. fallen. Den Rechtsanwalt, der Mitgliedern eines Verbandes Rechtsauskunft erteilt, und den Hausarzt bezeichnet Sinz h. (S. 17) als Beispiele unabhängiger Tätigkeit, weil sie nicht abhängiges Glied seien und weil allgemeine soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit (S. 4) nicht ausreiche. Vgl. aber das Beispiel des Rechtsanwalts und des Kassenarztes bei Potthoff, des angestellten Arztes im Sinne der VO v. 3. Sept. 1919 (RGBl S. 1500) und etwa den Hofarzt usw.! So ist die Gruppe der AN im Sinne Sinz h. sicher durch Fälle nur scheinbarer Unabhängigkeit zu erweitern. So sehr Potthoff der Sache nach im Recht ist, so wenig kommt bei dem Verleger des Schriftstellers und Künstlers, dem Theater- und Konzertunternehmen, der Zeitschrift usw. eine Zwischenmeisterstellung in Frage. Der berühmte Schriftsteller und Künstler kann unabhängig sein, der Anfänger ist es meist nicht. Und vor allem wird zu prüfen sein, ob es angängig ist, die Begriffe „Arbeitsverhältnis“, „AN“, „AG“ für das Dienstrecht zu monopolisieren. Unter allen Umständen aber bezeichnet „Arbeitsverhältnis“ jede Beziehung zwischen einer Person, die Arbeit verspricht, und derjenigen, welcher die Arbeit versprochen wird. In dem „Geben“ und „Nehmen“ von Arbeit liegt allerdings schon ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis ausgesprochen, aber auch der „Kunde“ des Kaufmanns „gibt“ Aufträge, Orders, der Kaufmann „nimmt“ sie entgegen, dem Rechtsanwalt steht der „Mandant“ gegenüber usw. Der scharfe Gegensatz, den Sinz h. herausstellt, besteht nicht. Man wird auch hier den rein formalen Standpunkt Lotmars für zu weitgehend erachten können und den Kranken, der den Arzt zu



Rate zieht, den Theater-, Konzertbesucher nicht als ArbeitG aufzufassen; aber die Begriffsbestimmungen Sinzh.s sind zu eng und vernachlässigen das Arbeitsverhältnis, soweit es nicht Dienstverhältnis ist, zum Schaden des Wortsinns, der ausschlaggebend bleiben muß. Daß die Begriffe im Dienstrecht durch den Kampf der AG und AN zu besonderer Bedeutung gelangen, ist nicht zu verkennen. Wer wirklich selbständiger Unternehmer ist, fällt nicht mehr unter den Begriff des „ANs“. Aber „alle Arten von Stör, Lohnwerk und Heimarbeit sind bloße Arbeitsformen“, Weber a.a.O. S. 90. Auch hier handelt es sich der Regel nach um freies Kundengewerbe (Weber, S. 84), aber meist besitzloser oder doch kleingewerblicher, berufsspezialisierter Arbeiter, die entweder nur als Gelegenheitsarbeitskräfte oder ständig von einem relativ kleinen Kreis von Konsumenten oder Erwerbswirtschaften beschäftigt werden. Handelt es sich um Arbeit für haushaltmäßige Kunden, die mindestens den Rohstoff liefern, dann liegt Stör vor, wenn die Arbeit in dem Haushalte des Kunden erfolgt, Lohnwerk, wenn der Arbeiter im eigenen Haushalt arbeitet, und Preiswerk, wenn er alle Beschaffungsmittel liefert. Vgl. Weber, S. 81. In allen diesen Fällen handelt es sich ebenfalls um AG oder AN.

Was nun die einzelnen Arten der AN betrifft, so sind auch hier die Begriffsbestimmungen nicht leicht, insbesondere weil diejenigen der verschiedenen Gesetze oft nicht übereinstimmen. Sinzh. bestimmt den Arbeiter lediglich verneinend: Derjenige AN, der nicht Lehrling, Angestellter oder Beamter ist. Das genügt schon deshalb nicht, weil es eben noch viel mehr Arten von ANn gibt. Viel besser ist die Begriffsbestimmung von Kaskel im Grundriß des Sozialen Versicherungsrechts von Kaskel-Sitzler 1, 42: Arbeiter ist, wer seine körperliche Arbeitskraft berufsmäßig anderen für gewerbliche oder landwirtschaftliche Arbeiten zur Verfügung stellt oder die von Stephinger, Grundsätze der Sozialisierung: wer die Gedanken anderer ausführt und ihnen seine Arbeitskraft zu diesem Zwecke leiht. Wenn Sinzh. als Angestellten denjenigen betrachten will, der eine der in § 1 AVG bezeichneten Tätigkeiten ausübt, soweit Gesetz und VO nicht ein anderes vorschreiben, und der nicht Beamter oder Lehrling ist, so geht er auch hier von einer Verteilung des AN-Begriffs aus, die nicht besteht, und auch im übrigen macht die allgemeine Einschränkung die Begriffsbestimmung ziemlich wertlos; zumal immer geprüft werden muß, zu welchem Zwecke Gesetz und VO von der Regel abweichen. Vgl. Pothhoff im Arbeitsrecht VI (1919) S. 72: Wer ist Angestellter? VII (1920) S. 88. Auch die Bestimmung des AVG soll nur die Versicherungspflicht der Angestellten mit Rücksicht auf die Bestimmungen der RVO feststellen,

welch letztere schon eine Reihe von Angestellten umfaßt hatte. Der § 1 des AVG zeigt aber im allgemeinen, welche Klassen die Gleichstellung mit den Arbeitern erreicht haben und bleibt insoweit maßgebend. Vgl. P o t t h o f f im Arbeitsrecht VI (1919) S. 121.

Man muß sich auch hier klarmachen, daß zunächst im ArbeitsR die Rechtsregeln für jede Arbeit festzulegen sind, daß dann das DienstR zu ordnen und in ihm wieder die allgemeinen Regeln aufzustellen sind, daß dann aber im DienstR die beiden großen Gruppen der Arbeiter und Angestellten zu scheiden sind. Klein im ArbeitsR VII (1920) S. 3 f. Die hauptsächliche Erweiterung des Angestelltenbegriffs besteht darin, daß er jetzt „auf alle Betriebe, Bureaus und Verwaltungen ohne Rücksicht auf ihren Gegenstand und die Person des AG“ (K a s k e l im „Neuen ArbeitsR“, 1. Aufl., S. 27, vgl. mit S. 55, 133, 178) angewendet wird. Wenn nach dem Zwecke der einzelnen Gesetze dabei wieder andere Anforderungen aufgestellt werden, wenn also z. B. die obersten Angestellten für den Betriebsrat nicht in Betracht kommen, wenn gewisse Höchstgrenzen aufgestellt und wieder verlassen wurden, so hat das für den Begriff des Angestellten als ANs keine Bedeutung, da hierfür die weiteste Möglichkeit in Betracht kommt. Man wird daher unter die Arbeiter diejenigen Personen rechnen können, die ihre körperliche Arbeitskraft berufsmäßig anderen für gewerbliche oder landwirtschaftliche Betriebe zur Verfügung stellen, insbesondere als Gesellen, Gehilfen oder in ähnlichen Betriebsstellungen, als Angestellte aber diejenigen betrachten, die in nicht gewerblichen oder landwirtschaftlichen Betrieben, Verwaltungen oder Bureaus oder mit nicht körperlicher Arbeit als private, nicht öffentliche, Hilfskräfte beschäftigt werden, einschließlich der Büroangestellten, Betriebsbeamten, Werkmeister u. dgl., soweit sie nicht vorwiegend körperliche Arbeit leisten und deshalb Arbeiter sind, also einschließlich der Hausangestellten gegenüber den Hausgehilfen (P o t t h o f f im ArbeitsR VIII (1921) S. 21 f.), ferner einschließlich der Büroangestellten, leitenden Angestellten, Handlungs- und Apothekergehilfen, Bühnen- und Orchestermmitglieder, Lehrer und Erzieher, Kapitäne, Schiffsoffiziere, Verwalter u. dgl., angestellten Ärzte, Tierärzte und Zahnärzte. Österreich legt in seinem Angestelltengesetz vom 11. Mai 1921 den Nachdruck auf die Leistung kaufmännischer oder höherer, nicht kaufmännischer Dienste (vgl. A d l e r im Arbeitsrecht VIII (1921) S. 250). Den Arbeitern und Angestellten zur Seite stehen diejenigen, welche in der geregelten Vorbereitung auf diese Berufe begriffen sind, ohne Unterscheidung, ob sie Lehrgeld zahlen oder nicht (vgl. oben), die Lehrlinge. Soweit der Arbeiter nur vom eigenen Heim aus für einen

oder mehrere AG tätig ist, ändert sich an seiner Stellung als AN nichts, aber auch dann nicht, wenn der Heimwerker ganz oder teilweise die Beschaffungsmittel liefert, weil er tatsächlich nur an einen monopolistischen Kreis von Abnehmern liefern kann und, wie auch die große Gruppe der Zwischenmeister, nicht als unabhängiger Unternehmer, sondern als gebundener Abhängiger erscheint (Weber, S. 81. Vgl. Potthoff im ArbeitsR VIII (1921) S. 22, 33 f., 151 f.).

Letzteres gilt auch für die „geistigen Arbeiter“, die als AN in weitaus den meisten Fällen abhängig den Verlegern, Theatern usw. gegenüberstehen. Vgl. Potthoff im ArbeitsR VI (1919) S. 108, VII (1920) S. 55, 110, 130, 161, VIII (1921) S. 151, 285, und im „Vortrupp“ 1920, S. 565. Entscheidend ist dabei nur die Tatsache, die auch Lotmar schon als Bestimmungsgrund für die Anwendung des Dienstakkords erkannt hat und die auch der sozialen Versicherungspflicht zugrunde liegt, das Arbeiten für einen fremden Betrieb, gleichviel welcher Art.

Wohl mit Recht zählt Sinz h. auch die Beamten zu den ANn. Ihre Anstellung und Pflicht beruht zwar auf dem öffentlichen Recht, und dieses beeinflusst entscheidend ihre Stellung, aber die Beamten leisten Arbeit gegen Entgelt. Wie der Beamte neben dem Privatangestellten steht, so stehen neben den Betriebsräten die Beamtenvertretungen.

Bei den Darstellungen hat aber Sinz h. die Beamten und Lehrlinge nicht berücksichtigt. Dadurch und weil er eben ausschließlich auf den abhängigen Arbeiter und Angestellten abstellt, ist ein so einheitliches Bild zustande gekommen. Das zeigt sich insbesondere bei der Darstellung (S. 8—10)

3. der Gestalt des ArbeitsRs. AG und AN sind zugleich die Träger sozialer Lebensfunktionen. Der Staat ist auf die Arbeit seiner Bürger angewiesen, die Lage des Berufs hängt ab von Arbeit und Lohn in den einzelnen Betrieben. Deshalb kommen im ArbeitsR auch diese Sozialbeziehungen zum Ausdruck, und zwar in der Weise, daß auf der untersten Stufe die Individualbeziehungen durch sie nach Bestand und Inhalt mittels zwingender Rechtsvorschriften beeinflusst werden, auf der 2. Stufe neben Individualverhältnissen Sozialverhältnisse angeordnet sind, so daß durch Verletzungen sowohl Ansprüche der einzelnen wie Strafen usw. des Staates (Arbeiterschutz) hervorgerufen werden, auf der 3. Stufe das gesellschaftliche Interesse rein zum Ausdruck kommt (Sozialversicherung). Die 1. und 2. Stufe hängen enge zusammen. Auf dieser Gestaltung des ArbeitsRs beruht auch die Lehre von

4. den Quellen des ArbeitsRs, die nach Sinz h. (S. 10—13) teils

dem Staate, teils, soweit dieser es zuläßt, der Selbstverwaltung angehören. In letzterer Beziehung kommen als Rechtsquellen des Berufs der Tarifvertrag, als solche des Betriebs die Arbeitsordnung in Frage, mit Vorrang des Tarifvertrags, dessen anordnender Teil die Tarifsatzung ist. Wort und Begriff gehen auf *S i n z h.* zurück, der sie auch in dem Entwurf eines Arbeitstarifgesetzes (Reichs-Arb.-Bl. N. F. 1, 491) gebraucht hat. Über das Verhältnis zwischen Arbeitsordnung und Tarifvertrag vgl. jetzt *Hueck* bei *Gruch.* 65, 16 f. Der Staat hat dem Reiche in Art. 7, Ziffer 9 der Reichsverfassung die Zuständigkeit für das gesamte ArbeitsR gegeben, nach Art. 12 können die Länder, wenn das Reich von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht, ihrerseits vorgehen. Ob das, wie *S i n z h.* meint, stets in der Weise geschehen kann, daß das Land „Arbeitsgesetze“ erlassen kann, soweit das Reich sie nicht erlassen hat, mag in dieser Allgemeinheit zweifelhaft sein. Man wird die ausschließliche Zuständigkeit des Reichs auf dem Gebiete des ArbeitsRs stets so lange als gegeben annehmen dürfen, als das Reich nicht auf die betreffende Regelung verzichtet, da der Entschluß, daß eine bestimmte Materie überhaupt nicht geregelt werden soll, auch noch zur Zuständigkeit des Reiches gehört. Daß über dem Staate nichts, insbesondere nicht die zwischenstaatliche Regelung, steht, welche die Geltung in Deutschland nur durch das Staatsgesetz erlangt, hebt *S i n z h.* mit Recht hervor (S. 13). Die Bedeutung des Zwangsverfahrens des sog. Versailler Vertrags gegenüber einem Staate, der einen Vorschlag oder Abkommensentwurf nicht den staatlich zuständigen Stellen zur *B e s c h l u ß f a s s u n g* vorlegt, ist natürlich ganz gering; die Gefahr für die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands, die in solchen Bestimmungen liegt, ergibt sich deutlich aus der Tatsache, daß Deutschland für den gewerblichen Achtstundentag den Arbeitszeitgesetzentwurf vorlegt und erledigt, England aber am Ende der Überlegungsfrist die wiederholte Beratung im Staatenverbände beantragt.

Am Schlusse der Ausführungen über die Grundlagen des ArbeitsRs bringt nun *S i n z h.* in höchst bezeichnender Weise

5. die Lehre von den Ausstrahlungen (S. 15 f.). Weil der Begriff des ArbeitsRs zu eng gezogen ist, müssen die jetzt schon vorhandenen, über diesen Begriff hinausgehenden Regelungen als „Ausstrahlungen“ behandelt werden. Wenn das soziale Versicherungsrecht schon jetzt nicht nur den abhängigen Arbeiter, sondern auch den kleinen Unternehmer (nicht nur in § 176 Z. 3 RVO, den *S i n z h.* anführt, sondern auch in §§ 548<sup>2</sup>, 1058, 1229<sup>1</sup>, 550, 1061 usw.), auch den selbständigen Hausgewerbetreibenden begünstigt, das HandelsR



den Volontär, das Gewerbe- und HandelsR jeden Lehrling, das RSchG. die eigenen Kinder, die ohne Entgelt beschäftigt werden, berücksichtigt, so zeigt das, daß die Begriffsbestimmung schon jetzt, ohne Berücksichtigung der Zukunft, zu eng ist; Sinzh. hilft sich hier mit dem Bilde der Ausstrahlung, muß aber dann doch am Schlusse zugeben, daß das moderne Recht diese Erweiterung des ArbeitsRs begünstigt. „Folgt ihr die weitere Entwicklung, so kann es dazu kommen, daß das ArbeitsR seine bisherigen begrifflichen Grenzen sprengt und zum R aller wird, die auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft in irgendeiner Form rechtlicher Verpflichtung angewiesen sind.“ Nach meiner Auffassung ist dieser Zeitpunkt mindestens in dem Augenblick eingetreten, in dem Art. 157 der Reichsverfassung erlassen wurde.

Sinzh. geht nun von seinem Begriffe des ArbeitsRs zur Betrachtung von

II Bau und Inhalt des ArbeitsRs über, wobei er wieder scheidet: Arbeitsvertrag, Arbeitsverband und Arbeitsberuf.

1. Beim Begriffe des Arbeitsvertrags wird von dem Lotmars ausgegangen, aber sofort wieder die Beschränkung auf die Leistung abhängiger Arbeit vorgenommen und der Werkvertrag ausgeschlossen. Unter dem Begriff des ArbeitsRs im Lotmarschen Sinne muß auch der Werkvertrag fallen, für den Begriff des DienstRs mag er entbehrlich sein insofern, als auch der Dienstvertragsakkord nach den Regeln des Dienstvertrags zu behandeln ist. Vgl. Silberschmidt, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrags, im ArbeitsR VII (1920), S. 70 f. Unter die dort gegebene Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrags als eines dauernden Schuldverhältnisses, bei welchem der eine Teil Arbeit, der andere, wenigstens durchaus regelmäßig, Entlohnung, jedenfalls ein Entgelt verspricht, fällt auch der Werkvertrag. Freilich ist der Dienstvertrag als Zeitlohnvertrag bei dem die Arbeit „als ein in die Zeit fallender Vorgang“ nur nach der Zeit bemessen wird, die folgerichtige Durchführung des „dauernden Arbeitsverhältnisses“. Auch den Werkvertrag behandelt v. Gierke (Jhg. Jahrb. 64, 395 und Deutsches PrivatR 3, 707) als Arbeitsvertrag und läßt ihm wenigstens ein „dauerndes Schuldverhältnis“ eingebaut sein, weil die Verpflichtung zur Herstellung des Werkes zum Schuldinhalt gehört, womit sie aber nicht nur vorbereitendes Schuldverhältnis, sondern Hauptleistung wird (Hoeniger, Die gemischten Verträge 1, 369). Nur soweit der Werklieferungsvertrag nach § 651 BGB den Vorschriften über den Kauf unterstellt ist oder soweit HandelsR vorliegt, scheidet die Anwendung des ArbeitsRs aus. Auch Hoeniger (Einleitung zu Hoeniger-Wehrle ArbeitsR, dazu Silberschmidt in

Potthoffs ArbeitsR VIII [1921], S. 45) stellt den Werkvertrag unter das ArbeitsR im weiteren Sinne, scheidet aber Gattungsarbeit = fremdbestimmte Arbeit = Dienstvertrag von Speziesarbeit = selbstbestimmter Arbeit = Werkvertrag und gibt damit Gleichstellungen, die sehr häufig, aber nicht immer zutreffen, weist aber vor allem in geistvoller Weise auf das Bestreben des heutigen Rechtes hin, die Fremdbestimmung zu einer Mitbestimmung zu gestalten, womit wieder eine Annäherung des Dienstvertrags und des Werkvertrags eintritt. Von den fremden Rn kannte Österreich früher nur den einheitlichen Lohnvertrag, die 3. Teilnovelle zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch vom 19. März 1916 hat nun auch die Scheidung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag aufgenommen (Adler im ArbeitsR 4, 103), welche die Schweiz im verbesserten Obligationenrecht nach dem Muster des BGB ohnehin schon hatte, während das ungarische BGB den Akkordlohnvertrag besonders regelt, wie dies für Deutschland Wölbling wiederholt gefordert hatte (D. J.-Z. 1909 S. 1473, Arbeitsrecht IV [1917], S. 73). Nach dem Vorbilde des mexikanischen Rs, welches innerhalb des allgemeinen ArbeitsR das allgemeine Recht und den besonderen Arbeitsvertrag unterscheidet, je nachdem jemand seine Arbeit einem oder mehreren bestimmten Arbeitgebern oder dem Publikum im allgemeinen anbietet (vgl. den oben schon erwähnten französischen Gesetzentwurf von 1906), will Potthoff neustens (DRZ 1921 S. 315) auch für Deutschland das gemeine R des Dienstvertrags und Werkvertrags für selbständige Arbeiter, welche Zeitlohnverträge oder Akkorde abschließen, bestehen lassen, will aber das Recht der abhängigen Arbeiter als Arbeitsverhältnis ganz und einheitlich im Arbeitsgesetzbuch ordnen, auch für die „verlegten“ Heimwerker, während die nicht „verlegten“ dem BGB unterstehen sollen. Der Gedanke des engeren und weiteren Arbeitsrechts ist auch hier gegeben und es ist auch hier nicht erfindlich, warum nur das Dienstverhältnis Arbeitsverhältnis sein soll. Die Frage, wie sich das Arbeitsgesetzbuch hinsichtlich der Übernahme des Stoffes zum BGB verhalten soll, ist sehr schwierig und vom Potthoffschen Vorschlage befürchte ich vielfache Streitigkeiten, ob eine Sache dem Arbeitsgesetzbuch oder dem BGB unterstehen soll. Werkvertrag und Dienstvertrag sind die das ganze ArbeitsR beherrschenden Verträge (vgl. auch meine beiden bezüglichen Artikel im Wörterbuch des ArbeitsRs von Potthoff), und sie können auch und damit die Geltung des BGB für das DienstvertragsR aufrechterhalten werden vorbehaltlich der für das Dienstrecht besonders erforderlichen Regelungen, insbesondere des Zeitlohn- und des Akkordvertrags gerade als Grundlage der Regelung in den Tarifverträgen.

Mit Recht weist dann Sinzh. (S. 18) darauf hin, daß der Arbeitsvertrag nicht nur ein obligatorisches, sondern ein personenrechtliches Verhältnis ist. Sinzh. führt letzteres auf die *commensatio* der Feudalzeit zurück in Verbindung mit dem Eigentum, das auch die Herrschaft über die Menschen gewähre. Das personenrechtliche Verhältnis geht aber auf den Gedanken des gegenseitigen Zusammenwirkens von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einem Zwecke, d. h. gerade nicht auf den Gedanken der Abhängigkeit und des Eigentums zurück. v. Gierke hat („Die Wurzeln des Dienstvertrags in der Festschrift für Brunner 1914 S. 37 f. und Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 3, S. 593 f.) gezeigt, wie im Gegensatz zum Sklaven- und SachenRe des römischen Rs, der Dienstvertrag des deutschen Rs vom personenrechtlichen Treuvertrag mit gegenseitigen Rechten und Pflichten unter Vorbehalt der Freiheit des Dienenden ausging (vgl. ArbeitsR VIII, S. 75), und so entstand ein dauerndes Rechtsverhältnis, welches an sich schon den Oberbegriff für das Gesellschaftsverhältnis bildet (vgl. Silberschmidt, Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis in ZHR, Bd. 79 (1916), S. 465, und Arch. f. R.- u. W.-Philosophie, Bd. 12, S. 145) und, auf das gegenseitige Treuverhältnis zurückgehend, sowohl für abhängige wie für unabhängige Arbeit in Frage kommt. Wenn diese personenrechtliche Gemeinschaft in der Einheit des Betriebs besonders hervortritt, so ist sie nicht minder vorhanden z. B. in der Tätigkeit eines Erfinders mit dem ausführenden Handwerker. Jedenfalls ist der Gedanke des personenrechtlichen Zusammenwirkens heute der entscheidende.

a) Die Eingehung des Arbeitsvertrags beruht an sich auf dem Gedanken der Freiheit, „es kann aber das Willensmoment immer mehr zu einem rechtlich freiwilligen Eintritt in eine von vornherein rechtlich fertige Stelle mit rechtlich festem Rechts- und Pflichtenkreis zusammenschrumpfen“ (Sinzh., S. 19). „Der Gedanke, daß die Verfügung über die Arbeitsgelegenheit eine soziale Angelegenheit ist“ (ebenda), insbesondere der Gedanke des Art. 163 der Reichsverfassung, daß jedem Deutschen die Möglichkeit gegeben werden soll, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben, und daß für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt wird, wenn angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, führen zu Weisungen an die AG, gewisse Arbeitsverträge einzugehen oder nicht oder nicht weiter einzugehen, um eine entsprechende Verteilung der Arbeit zu ermöglichen. Man wird deshalb

b) was den Inhalt des Arbeitsvertrags betrifft, nicht sagen können, daß „ein R des ANs auf Arbeit grundsätzlich nicht besteht“, jedenfalls besteht ein R auf Entschädigung aus Art. 163, II

der Verfassung, wenn dem AN Arbeit nicht nachzuweisen ist. Die Begrenzung der Arbeitszeit folgt z. Zt. aus den gleichen Erwägungen, insbesondere aus Demobilisierungsgründen und daneben aus der Sorge für eine Ausbeutung des Arbeiters, nicht so sehr aus dem Gedanken der Pflicht zur Arbeit (S. 20). Die personenrechtliche Wirkung des Arbeitsvertrages hat auch hier beim Dienstvertrage zur Zurückdrängung des Herrenstandpunkts und zur gemeinsamen Regelung sowie zur Auferlegung von Pflichten für den AN geführt (S. 22 f.). Daß der Arbeiter trotz § 950 BGB nicht das Eigentum an dem von ihm verarbeiteten Stoff erwirbt, soll nach Sinz h., S. 23, wieder daraus folgen, daß der AN — ein Satz des Gajus über den Sklavenerwerb wird dazu angeführt — sich der personenrechtlichen Gewaltfunktion des Eigentums unterworfen habe und darin selbst aufgegangen sei. Das Sklavenrecht hat aber hieher keine Beziehung, der Arbeiter erwirbt nicht für sich, weil er gar nicht den Willen hat, für sich zu erwerben, sondern auf Grund des Treuverhältnisses für den AG erwerben will. Und was den Erfinderschutz des Angestellten betrifft (S. 24), so verhält es sich ebenso, soweit der AN Erfindungen in Erfüllung seiner Dienstpflicht macht, das personenrechtliche Verhältnis infolge des Zusammenarbeitens des AG und AN wirkt aber auch hier, wie die Entwicklung der letzten Jahre zeigt, im Sinne der Vermehrung der AN-Rechte. Ebenso erklärt sich die Haftung des § 125 GO aus der Beteiligung an einem Treubruch, und es liegt hier, wie in den übrigen oben angeführten Fällen, nicht „letzte Ablagerung der Anschauung zugrunde, daß an der Arbeit ein Besitzverhältnis bestehe“. Nicht gegen ein der heutigen Zeit völlig fremdes SklavenR im wirklichen Sinne, wohl aber gegen den Mißbrauch der wirtschaftlichen Stellung des AG haben sich die Verbände der AN und dann die Gesetzgebung gewendet. Was schließlich Sinz h. über Neben- und Seitenabreden des Arbeitsvertrags (S. 28) und über seine Außenwirkungen sagt (S. 29), dem ist beizutreten.

2. Der Arbeitsverband kommt im ArbeitsR zur Entstehung, „wenn die Arbeit einer Mehrheit von ANn unter einheitlicher Leitung verbunden ist, um einem AG zu dienen“ (S. 31). In der Einheit des Arbeitsverbandes kommt die personenrechtliche Gemeinschaft besonders zum Ausdruck, insbesondere in der selbständigen Gesamtsphäre. Wenn Sinz h. auch hierzu S. 32 erklärt: „Die Einheit des Arbeitsverbandes ist die Einheit einer Herrschaft“, so geht er auch hier weit mehr von geschichtlichen Verhältnissen als von denen der Gegenwart seit dem BRG aus. Er sieht selbst ein, daß die „genossenschaftliche Zerlegung des Eigentums“ den angeblichen Herrschaftsverband ergriffen hat.



Diese genossenschaftliche Willensorganisation der Arbeitnehmer im Arbeitsverbande wird von Sinzh., S. 32 f., gut geschildert; hier befinden wir uns ja ohnehin auf einem Boden, den Sinzh. urbar gemacht und bis in die allerletzten Tage bebaut hat. Sehr richtig hingewiesen wird insbesondere auf die Gefahr, die in der Staatsumwälzung gedroht hat und meiner Auffassung nach besonders von der Betriebsversammlung aus noch weiter droht, daß in den Betrieben die Arbeitnehmer die Macht an sich reißen, das Arbeitsverhältnis, aber auch das Gewerkschaftswesen und die Gesamtwirtschaft auflösen und die Grundlagen des Staates erschüttern. Die Arbeitsgenossenschaft handelt mittelbar oder unmittelbar, ihr Handeln ist das einer Gesamtperson, sie besitzt keine Vermögensfähigkeit, sondern Sozialrechtsfähigkeit (S. 33). Der Betriebsrat ist nicht nur Organ dieser Arbeitsgenossenschaft, sondern auch Amt. Als Organ nimmt er nicht nur Arbeitsangelegenheiten, sondern auch Wirtschaftsangelegenheiten des Betriebs wahr, allenfalls auch, besonders in der Gruppenform, bestimmt bezeichnete Angelegenheiten einzelner AN. Die Frage, ob die Einheit des Arbeitsverbandes wirklich Einheit einer Herrschaft ist, wird zusammenfallen mit der, ob denn nicht in der Regelung des BRG. ein wirkliches MitbestimmungsR des mit dem AG gleichberechtigten Betriebsrats gegeben sei. Sinzh. findet, daß das geltende Recht noch weit von der Erfüllung jener Forderung entfernt sei (S. 35). Die wirkliche Bindung des AGs an die Zustimmung des Betriebsrats sei nur beim Erlaß der Arbeitsordnung, der Aufstellung von Dienstvorschriften, der Regelung der Löhne und sonstiger Arbeitsverhältnisse, der Festlegung von Richtlinien über die Einstellung von ANn, der Festsetzung von Strafen, der Zustimmung zur Kündigung des Dienstverhältnisses eines Mitglieds einer Betriebsvertretung oder zu seiner Versetzung in einen anderen Betrieb und bei der Beschlußfassung im Aufsichtsrat gegeben. In gleicher Weise ist aber auch der AG an die Zustimmung des Betriebsrats bei Änderung der Arbeitsordnung und der Dienstvorschriften und bei Abweichungen von denselben gebunden usw. Erwägt man dazu noch die Bestimmungen über die Tarifverträge, so wird man billiger Weise eine weitere Bindung des AGs, der doch das Kapital bereitstellen und die Gefahr des Betriebes tragen soll, zurzeit nicht fordern können. Sinzh. legt richtig dar, daß Form und Kraft der Mitwirkung des Betriebsrats verschieden sind. „Die Vereinbarung ist kein zivilrechtlicher Vertrag, sie bringt soziale Gestaltung, nicht die Auseinandersetzung individueller Interessen hervor.“ Die stärkste Sicherung besteht, wenn die Vereinbarung vorgeschrieben ist und bei Nichteinigung Zwangseinigung

stattfindet, wie bei der Arbeitsordnung und bei Dienstvorschriften, die vereinbart werden sollen. In anderen Fällen besteht ein R auf Anhörung des Betriebsrats, auf Verhandlung mit ihm, auf Auskunft usw. Eine besondere Sicherung erhalten die Re des Betriebsrats durch die Pflicht des AGs zur Gerichtsfolge vor den Schlichtungsausschuß.

Aber der Herrschaftsverband wird nach Sinzh., S. 37 f., nicht nur von innen umgebildet mit dem Anspruche des vollen Anteils der Arbeit an den Verfügungsrechten des Eigentums, sondern wird auch von außen in den sozialen Zusammenhang mit der Gesamtwirtschaft gebracht. Was Sinzh. über die Gefahr der sozialen Absonderung der Betriebe sagt, ist richtig in dem Sinne, daß ein Betriebsegoismus mit Verletzung der allgemeinen Wirtschafts- und Staatsinteressen den Betrieben niemals förderlich sein kann. Nicht richtig ist aber, daß zur Zeit der Umwälzung radikale Gruppen die Betriebe sozial absondern wollten; sie wollten nur die Betriebe benutzen, um die politische Herrschaft des Proletariats aufzurichten, Betriebsegoismus wie jede Rücksicht auf die Betriebe lagen ihnen fern. Es ist aber auch weiter anfechtbar, wenn Sinzh. sagt (S. 38), die Gefahr drohe nun von der anderen Seite, indem mächtige AG-Gruppen danach streben, den Betriebsegoismus der Arbeiterschaft durch eine materielle Beteiligung an den Betriebsergebnissen in Form einer Gewinn- oder Kapitalbeteiligung großzuzüchten. Diese Frage ist gewiß nicht allein von diesem Standpunkt aus zu betrachten, zumal wenn man selbst den vollen Anteil der Arbeit an den Verfügungsrechten des Eigentums fordert.

Den sozialen Zusammenhang des Arbeitsverbandes mit dem Ganzen sollen nun nach Sinzh. sichern der vorbehaltene Einfluß der Berufsvereine, die Forderung einer Wahrung des sozialen Gedankens durch die Betriebsräte und Unterstellung des BetriebsRs unter das BerufsR, indem der Tarifvertrag der Arbeitsordnung vorgeht. So steht die Idee des Sozialverbandes der der Arbeitsgenossenschaft gegenüber (S. 39), sie bildet den Arbeitsverband aus einem Träger individueller Lebenszwecke in ein Organ sozialer Lebensfunktionen um und gliedert ihn ein in eine allgemeine Wirtschaftsverfassung. Daraus ergibt sich schon die Bedeutung

3. des ArbeitsberufsR. „Das ArbeitsberufsR regelt das Berufsverhältnis, nicht das Arbeitsverhältnis des ANs“, also die für den Arbeitenden schlechthin nach Art. 157, 159 und 165 der Reichsverfassung begründeten Schutz-, Koalitions- und VertretungsRe. Vor allem steht die Arbeitskraft unter dem Schutze des Reiches. Hier muß es sich also entscheiden, ob das, was oben über den Umfang des ArbeitsRs ausgeführt wurde, richtig ist oder nicht. Inner-

halb der Wirtschaftsorganisation des Art. 165 der Reichsverfassung ist die Scheidung ausdrücklich zwischen Arbeitern und Angestellten einerseits, den Unternehmern andererseits durchgeführt, wie ja auch die Vertretung der AN sich an die Betriebsräte angliedert. Hier handelt es sich um die großen Unterschiede, die kleinen Unternehmer können hier nicht auf die andere Seite treten, wo kein Platz für sie wäre, doch sind z. B. die geistigen Arbeiter schon jetzt im vorläufigen Reichswirtschaftsrat vertreten. Anders liegt die Frage, wie weit die Schutz-, Koalitions- und Vertretungsrechte sich erstrecken. Das Schutzrecht betrifft die Arbeitsgerichtsbarkeit, Arbeitsbeschaffung und die Versorgung. Die lückenlos über das Reich zu verteilenden Arbeitsgerichte mit Vertretung der AG und AN und einem besonderen, billigen und schleunigen Verfahren müssen für alle Klagen aus dem Arbeitsverhältnis zwischen AGn und ANn zuständig sein. Die Zuständigkeit des GGG ist nach § 5 schon für Heimarbeiter ausgesprochen, und zwar schlechthin, wenn die AG die Rohstoffe oder Halbfabrikate liefern, nach Ausspruch des Statuts, wenn die AN die Rohstoffe und Halbfabrikate selbst beschaffen. Vgl. RGZ 74, 387. Für beide Fälle wird jetzt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte anzunehmen sein. Ebenso aber auch für Hausgehilfen, Hausangestellte, für das Stör- und Lohnwerk, da es sich hier um Arbeitsverträge handelt, die besonderer Beschleunigung bedürfen, ebenso für das Preiswerk, wenn die Stoffbeschaffung nur untergeordnete Bedeutung hat, und für die „geistigen Arbeiter“ (Potthoff im ArbeitsR VIII (1921), S. 38). Als Arbeitgeber kann für die Arbeitsgerichte gewählt werden, wer mindestens einen AN regelmäßig beschäftigt. Dagegen sind die Schlichtungsausschüsse wieder auf Arbeiter und Angestellte beschränkt. Die Arbeitsbeschaffung, Arbeitsnachweis und Arbeitslosenfürsorge und Arbeitslosenversicherung muß sich auf tunlichst weite Kreise erstrecken, auf Hausgehilfen, Heimarbeiter, geistige Arbeiter (Potthoff a. a. O. S. 37), Stör-, Lohn- und Preiswerk, letzteres mit dem oben genannten Vorbehalt. Bei der Erwerbslosenfürsorge wird nach Art. 163 II der Reichsverfassung für den notwendigen Unterhalt jedes Deutschen gesorgt, dem angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann und dabei kommt nach § 8 der VO vom 1. November 1921 jede Arbeit in Betracht, die dem Erwerbslosen nach seiner körperlichen Beschaffenheit zugemutet werden kann. Daß die RVO auch Heimarbeiter und kleine Unternehmer berücksichtigt, wurde bereits erwähnt. Die Koalitionsfreiheit endlich ist in Art. 159 der Reichsverfassung für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. So ist der Arbeitsberuf nicht nur der Beruf des abhängigen Arbeiters, sondern des Arbeiters schlechthin und

auch damit ist der Beweis geführt, daß für das ArbeitsR noch ein weiterer Kreis in Betracht kommt.

Auch die Koalition ist nicht nur Individual-, sondern auch Sozialverband (S. 46). Die Organisationen der AG und AN sind seit dem Sozialen Friedensschluß vom 15. November 1918 und dann nach Art. 165 der Reichsverfassung gegenseitig und vom Staat anerkannt. Die Gewerkschaften sind Sondervertretungen der AN dem AG gegenüber. Gesamtvertretungen der Arbeit sind vorhanden in den freiwilligen Arbeitsgemeinschaften für Gewerbe, Industrie und Landwirtschaft und weiter geplant in den staatlichen Einrichtungen der Bezirkswirtschaftsräte und des Reichswirtschaftsrats usw. (S. 49).

III. In einem letzten abschließenden Abschnitt behandelt Sinzh. die Fortbildung oder eigentlich die Bedeutung des ArbeitsRs. (Vgl. auch Leitsätze Sinzh.s aus dessen Referat über Fortbildung des ArbeitsRs für den 1. Gewerkschaftskongreß des Allgemeinen freien Angestelltenbundes in der Neuen Z. f. ArbR 1921, S. 582 jetzt als Vortrag erschienen 1922.) Ausgehend von dem Plane des Arbeitsgesetzbuchs fordert er Klarheit über dessen Form und Geist. Dabei muß sich auch Klarheit über Form und Inhalt des ArbeitsRs ergeben.

1. Die Form soll sein das einheitliche ArbeitsR, wie es Art. 157 der Reichsverfassung fordert, einheitlich durch Vereinigung des privaten und öffentlichen Rs sowie durch Aufhebung zufälliger, gerade so geschichtlich gewordener Einrichtungen wie bei den Arbeitsgerichten. Aber „einheitliches ArbeitsR ist nicht gleiches ArbeitsR“. Wenn Sinzh. in einem allgemeinen Teil das allgemeine R des Arbeitsvertrags und die einheitlichen Arbeitsbehörden in Rechtsprechung und Verwaltung geregelt sehen will und dann erst die besonderen Bedürfnisse der Einzelbeziehungen im besonderen Teil dargestellt wissen will, haben wir für den allgemeinen Teil die Berücksichtigung des allgemeinen ArbeitsRs einschließlich des DienstRs vorgeschlagen. Mit Recht fordert er dann Mischung von staatlichem R und Selbstverwaltung, von festem Gesetz und einem beweglichen Teil, der auf Grund gesetzlicher Vollmacht durch VO der Behörden oder noch besser der Arbeiter und Wirtschaftsräte (auf dem Wege des Art. 165 Abs. 5 der Reichsverf.) den wechselnden Bedürfnissen folgt. So kann die Gefahr einer bürokratischen Rechtsbildung vermieden werden.

2. Den Geist und die Grundlage des ArbeitsRs, vielleicht besser dessen Ausgangspunkt, sieht Sinzh. „in der privaten, aus dem Privateigentum an den Produktionsmitteln sich ergebenden Abhängigkeit des ANs vom AG“, wobei auf der einen Seite eine Ent-



eignung dem AG Befugnisse entzieht, auf der anderen Seite durch eine Befreiung die persönliche Stellung des ANs erweitert wird (S. 55). Im ersteren Punkte knüpft Sinz h. noch einmal an das Eigentum des AGs, an dessen Herrschaft über die Menschen, an. Die Enteignung des Sklaven und Hörigen ist längst vorüber. Die Enteignung der Sachgüter des AG erfolgt in erheblichem Maße teils durch das BRG, teils durch öffentliche Eingriffe im allgemeinen WirtschaftsR. „Die Enteignung überantwortet private Gewalt an soziale Gewalt“ (S. 56) als Fortsetzung der politischen Enteignung. Die Befreiung des ANs drängt die Herrschaft fremden Willens zurück, vor allem außerhalb der Arbeitspflicht, dann auch innerhalb, indem der AN selbst zur Willensbildung mitherrangezogen wird und immer mehr berufliche Re erhält, die ihm auch die Lebensgüter verschaffen, die er sonst nicht haben würde. „So wächst die Persönlichkeit des ANs in dem Maße, als das soziale R sich entwickelt.“ Die Entwicklung greift über auf das Verhältnis zwischen Arbeit und dem Eigentum an dem Arbeitsprodukt. Die gesellschaftliche, arbeitsteilige Produktion wird voraussichtlich bleiben und Ersetzung des Privateigentums an den Produktionsmitteln durch Staatseigentum würde nichts helfen, da auch letzteres seinem Wesen nach Individualeigentum ist und ebenfalls das Arbeitsprodukt dem AN entzieht. Aber auch die Kapital- und Gewinnbeteiligung der AN, von der oben schon die Rede war, wird nach Sinz h. nichts helfen, weil sie zum Betriebsegoismus führe, weil die Wirtschaftsorganisation über den Betrieben entgegenstände (wohl nur dem Betriebs-egoismus, nicht aber der Beteiligung) und weil der AN einen fühlbaren Vorteil nicht hätte. Letzteres wird wohl richtig sein, erhebliche Vermögensvorteile sind regelmäßig nicht zu erwarten. So bleibt die Frage, ob es nicht möglich ist, daß die Organisation der gesamten abhängigen Arbeit „Anteil an dem Gesamtergebnis der Arbeit erhält durch eine unmittelbare Beteiligung an dem gesamten Arbeitsprodukt“. Damit schließt das gedankentiefe Werk, ohne daß zur Lösung dieser Frage, die schon wegen der Verschiedenartigkeit der Arbeitsprodukte und des Verhältnisses von Kapital und Arbeit äußerst schwierig ist, eine Lösung versucht wird. Vielleicht ist sie für das heutige Deutschland auch nicht so dringend; denn nur wenn erhebliche Gewinne des AGs für die Dauer zu erwarten sind, wird die Frage der Beteiligung der AN zur Erhaltung des sozialen Friedens brennend werden, dann aber würde auch der viel leichter zu verwirklichende Vorschlag der Gewinn- und Kapitalbeteiligung von ziffernmäßiger Bedeutung sein.

Auf alle Fälle hat Sinz h. in der Begrenzung auf das Gebiet der abhängigen Arbeit eine wirkliche Grundlegung, eine einheitliche Zu-

sammenfassung, des ArbeitsRs geschaffen. Von den einzelnen Arten der AN in seinem Sinn ausgehend behandelt er die individuelle und die soziale Aufgabe des ArbeitsRs, stets die Fragen des Arbeitsvertrages, des Arbeitsbetriebes und des Arbeitsberufes trennend und die Arbeitsordnung als die Rechtsquelle des Betriebes vom Tarifvertrage als der Rechtsquelle des Arbeitsberufes scheidend. Der Arbeitsvertrag hat wieder eine obligatorische und eine personenrechtliche Seite, der Arbeitsverband ist die personenrechtliche Gemeinschaft des Betriebes, die wieder in die allgemeine Wirtschaftsverfassung eingegliedert ist, während das BerufsR die allgemeinen Rechte des ANs an sich enthält, die ihn immer mehr vom Willen des AGs unabhängig machen und zur Mitbestimmung im Betriebe heranziehen.

Dieser Stellung Sinzh.s gegenüber versuchte ich aus dem allgemeinen Begriffe der Arbeit in Verbindung mit den die Arbeitskraft schützenden und jeden Arbeiter berechtigenden Bestimmungen des deutschen Rechtes ein allgemeines ArbeitsR abzuleiten, das sich in einem weiteren Kreise um das DienstR Sinzh.s legt, dem einheitlichen ArbeitsR der Rechtsgeschichte und auch der fremden Völker entsprechend. Sinzh. selbst gibt zu, daß das moderne R eine solche Erweiterung des Begriffes vom ArbeitsR begünstigt und daß eine weitere Entwicklung dahin führen kann, daß „das ArbeitsR zum Re aller wird, die auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft in irgend einer Form rechtlicher Verpflichtung angewiesen sind“. Dieser weitere Begriff muß für den engeren vorausgesetzt werden und liegt auf alle Fälle in Deutschland seit der Reichsverfassung dem geltenden Re zugrunde. Man kann nicht die abhängige Arbeit behandeln, ohne vorher die Arbeit überhaupt besprochen und geregelt zu haben. Man kann nicht ein System des ArbeitsRs aufführen und mit der abhängigen Arbeit beginnen. Man muß vom Begriffe der Arbeit ausgehen, muß die Rechtsgeschichte der Arbeit darlegen, wie es mit Recht Sinzh. im Vorworte S. VI fordert, muß „das wirkliche Werden des ArbeitsRs“ darlegen und kann dann erst auf die Bedeutung der abhängigen Arbeit kommen. Zur Kenntnis des Rs der abhängigen Arbeit aber hat Sinzh. in meisterhafter Weise die Grundbegriffe festgestellt. Er hat uns tiefe Einblicke gewährt in die Zusammenhänge von Recht und Wirtschaft, von Geschichte, Gegenwart und Zukunft der abhängigen Arbeit. Er hat ganz neue Gesichtspunkte für die Beziehung des ANs zu Betrieb und Beruf dargelegt. Er hat einen großen Überblick über das Ganze von weiten Gesichtspunkten aus gegeben.

### III.

## Literatur.

---

#### a) Rezensionsabhandlung.

### Die neue Auflage des „Handbuch der Politik“\*)

Dritter und vierter Band.

Von

Prof. Dr. **Franz Klein**, Minister a. D., Geh. Rat, Wien.

Solange diese beiden Bände nicht vorlagen, war allem Lobe, das ihren Vorgängern gespendet wurde, Zurückhaltung auferlegt. Jeder Teil eines Sammelwerkes ist ein Wesen für sich und das Ganze ist erst geglückt, wenn alle Teile auf gleicher Höhe stehen. Das kann nun ruhig behauptet werden. Im dritten und vierten Bande ist das Handbuch in der neuen Auflage weit mehr umgearbeitet als in den ersten Bänden. Eine große Zahl von Hauptstücken und Artikeln wurde neu eingeschaltet, Mitarbeiter wechselten, unveränderte Übernahme von Artikeln der früheren Auflagen ist selten; für alle Wünsche nach schneller, verlässlicher Unterweisung ist vorgesorgt. Die Aufgaben der neuen Bände stellten an die Schriftleitung wie an die Mitarbeiter heikle Anforderungen. Daß diesen im ganzen voll entsprochen wurde, steht außer Frage. Die zahlreichen Beiträge sind natürlich nicht gleich als ob sie aus einer Maschine kämen, unter Vorzügliches mischt sich gelegentlich dürrere Fachlichkeit, hie und da wird der Pulsschlag der Zeit vermißt. Doch alle sind, wie sie sind, belehrend, dringen in ihren Stoff ein und der Leser gewinnt aus ihnen eine klare Vorstellung der besprochenen Sache. Stets empfängt man den Eindruck, daß es gediegene Kenner sind, die unterrichten und ohne Schönrederei alles Wissenswerte zusammentragen. Eines hätte mehr beachtet werden können. In bezug auf die politische Erneuerung (dritter Band) wie den wirtschaftlichen Wiederaufbau (vierter Band) gehen bekanntlich die Anschauungen viel mehr auseinander als über den Krieg. Nicht bloß die Anschauungen verschiedener Schriftsteller; Gesellschaft und öffentliche Meinung urteilt ebenfalls ungleich, und darum wäre wohl jedermann erwünscht gewesen, diese streitigen Probleme im Handbuche von mehreren Seiten beleuchtet zu sehen. Das betrifft vor allem die neue Verfassung und die wirtschaftlich-gesellschaftlichen Pläne, deren Kern die Sozialisierung und die Trennung von Politik und Wirtschaft sind. Diese Gegensätze sind selbstredend nicht übergangen, doch in beiden Fällen ist bloß eine der Auffassungen ausführlicher dargestellt, die anderen werden lediglich mittelbar, nebenher, mit

\*) Handbuch der Politik, dritte Auflage. Herausgegeben von Dr. Gerhard Anschütz, Dr. Fritz Berolzheimer †, Dr. Georg Jellinek †, Dr. Max Luz, Dr. Franz von Liszt †, Dr. Georg von Schanz, Dr. Eugen Schiffer und Dr. Adolf Wach. Berlin und Leipzig. Fr. Walther Rothschild, 1921. — Der erste und zweite Band wurde im Bande XIV des Archivs für Rechtsphilosophie besprochen (S. 317 ff).

wenigen Bemerkungen erwähnt. Gerade ein Werk wie das Handbuch der Politik ist berufen, mittels Verbreitung der politischen Kenntnisse auch die politischen Gegnerschaften abzuschwächen. Ein gleichmäßiges Gegenüberstellen der Auffassungen würde manchen, die ihr politisches Wissen nur aus der Presse einer einzelnen Partei zu beziehen pflegen, die Augen geöffnet haben, und damit wäre oft auch ein festsitzendes Vorurteil gelockert.

Die gegenwärtige Besprechung kann nicht auf alle neunzig Artikel eingehen, welche die beiden Bände enthalten, zumal ein Teil davon wahrscheinlich die Leser dieser Zeitschrift wenig anziehen würde. Es soll nur einiges herausgegriffen werden, dem Aufmerksamkeit zu schenken, politisch oder wissenschaftlich Anlaß ist. Um mit der politischen Erneuerung zu beginnen, wird die Weimarer Verfassung, wie bemerkt, nur in andere Erörterungen eingeflochten bekrittelt. Es wird ihr nachgesagt, daß sie weniger demokratisch und weniger bundesstaatlich dezentralisiert als die Schweizer Verfassung ist und auch hinter der Verfassung der Vereinigten Staaten insofern zurücksteht, als Bundesgesetze nicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden können. Wäre diese milde Kritik Widerschein der Wirklichkeit, so würden Regierung und Volk vieler drückender Sorgen ledig sein. Wie notwendig es ist, die Zweifel an der Verfassung zu bannen, beweist der Artikel „Vom Obrigkeitsstaat zum Volksstaat“ (III, S. 16 ff.), in dem es H. Preuß unternimmt, die geschichtliche Logik des Überganges zum Volksstaate nachzuweisen und die neue Gestalt des Reiches zu rechtfertigen. Den Resten des Obrigkeitsstaates hatte in der Tat die Stunde geschlagen. Sein Riesenbankrott ließ kaum etwas anderes übrig, als wozu man sich entschlossen hat. Nicht Bedauern ist jetzt am Platze, das Zurück ist nicht leichter als das Vorwärts. Man steht in den Schwierigkeiten eines jähen Überganges und muß Geduld und Beharrlichkeit haben, um sie zu meistern. Preuß unterscheidet Obrigkeits- und Volksstaat danach, daß im ersteren das Volk seine Abhängigkeit von der Obrigkeit als gegeben hinnimmt, im zweiten „zum Selbstbewußtsein seines Daseins als letzthin entscheidender Potenz erweckt“ ist (III, S. 18). Das Zusammenbrechen des Obrigkeitsstaates ist daher nicht schon an und für sich Geburt des Volksstaates. Es muß noch etwas Seelisches hinzukommen. Der Obrigkeitsstaat lebt vom Gehorsame des Volkes, dem Volksstaate genügt das bloße Gehorchen nicht, er wäre dann bloß verkleideter Obrigkeitsstaat. Das Volk muß Eigenschaften und Kräfte besitzen und betätigen, die es befähigen, sich eine Regierung zu bestellen und als jene entscheidende Potenz für sein Organ die Verantwortlichkeit zu tragen. Im Falle Deutschlands ist das wesentliche Erfordernis des Volksstaates, wie Preuß mit Recht sagt, das nationale Bewußtsein politischer Zusammengehörigkeit, der elementare Gemeinwille der Volksgenossen, sich als einheitliches Staatsvolk zu behaupten. Diese Voraussetzung war anscheinend am meisten in den Tagen von Weimar vorhanden, ungleich weniger zur Zeit des Umsturzes und nach dem Entstehen der neuen Verfassung. Nicht Demokratie und unitarische Reichspolitik, sondern der Volksstaat wird bekämpft und Änderungen an der Verfassung können den Streit nicht beilegen. Die obrigkeitsstaatlichen Gesinnungen sind es, die zurückgehen müssen. Es ist am nationalen Einheitsgefühle oder Staatssinne emsig zu arbeiten, und noch ausschlaggebender wäre, wenn der Volksstaat nicht so sehr von finanziellen Belastungen, Unruhen und Krämpfen gepeinigt wäre, während der Obrigkeitsstaat daneben vielen wie ein Paradies winkt, das sie vielleicht doch wiedergewinnen können. Von Menge und Stärke der Einheitsgefühle hängt auch das Urteil über den Parlamentarismus ab. Gegenwärtig sind die für den Volksstaat unent-



behrlichen „Solidaritäten“ keineswegs schon so entwickelt, daß sie unbedingt vor dem Einbrechen wirtschaftlicher oder sozialer Gegnerschaften schützen könnten. Mehr als das Aufrichten des Volksstaates selbst ist also die vorläufige Unvollständigkeit seiner Gedanken und Gefühlsbedingungen Ursache des gegenwärtigen Unbehagens. In seinen Bürgern ist das Reich erst mittelwegs zwischen Obrigkeits- und Volksstaat. Die Form ist der Materie vorausgeeilt, und eine schnelle Angleichung begegnet Hindernissen, von denen noch zu reden sein wird. Mit gutem Grunde weist Preuß die Anschauung zurück, daß dem deutschen Volke jede Anlage für Politik abgehe. Es ist nur als letzter Staat und erst vor verhältnismäßig kurzer Zeit in die Politik eingetreten und muß politisch werden, denn ein unpolitisches Volk wäre zu Unselbständigkeit und Unfreiheit verdammt.

Eine kleine Probe, wie schwer man sich aus dem Gespinnste der obrigkeitsstaatlichen Anschauungen losmacht, ist die Ansicht, der Reichstag sei juristisch Staats- und nicht Volkskörper, denn das Volk sei nur ein Handlungsorgan des Staates (III, S. 63). Damit verträgt sich weder, daß nach demselben Autor (Fr. Giese) die Mitglieder des Reichstages Vertreter des ganzen Volkes sind (III, S. 66) noch daß die Länderversammlungen in der Verfassung Volksvertretungen heißen (Art. 17). Überdies ist der Weg, auf dem der Reichstag vermeintlich Staatsorgan wird, sehr anfechtbar: das Volk stelle ein ursprüngliches natürliches Staatsorgan dar — was einen dem Volke vorauslebenden Staat erheischen würde, dem das Volk seine Gewalt übertragen haben müßte —, während der durch das Volk gebildete Reichstag schon ein abgeleitetes Staatsorgan sei, dessen Wollen und Handeln allerdings wieder staatsrechtliches Wollen und Handeln des Volkes bedeute. Im parlamentarisch regierten Volksstaate ist jedoch der Weg der Staatsgewalt vom Volke bis zur Regierung ein ungebrochener, es finden keine Zwischen-Umwandlungen statt und es gebricht auch an jeglichem Anhalte, den Wahlen das Amt oder das Vermögen der Staatsschöpfung beizulegen. Man kann die angeführte Ansicht entweder als eigenartige Anwendung der alten Herrschertheorie auf den Volksstaat auffassen oder als Versuch, sei es aus staatsrechtlichen, sei es aus politischen Gründen die vom Volke ausgehende Gewalt, bevor sie zum Regieren verwendet wird, zum Rechte eines übersinnlichen und übergeordneten dritten Wesens zu machen, wiewohl sie Volksgewalt bleibt, selbst wenn Volksbeauftragte mittels ihrer dem Volke befehlen oder verbieten. Derlei angleichende Auslegungen begleiten einschneidende politische Veränderungen nicht selten. Namentlich das ungarische Staatsrecht hat sich in den Kämpfen des Dualismus solche Zubereitungen ad hoc oft gefallen lassen müssen. Sie dürfen nur nicht unwidersprochen bleiben.

Die Schilderung der neuen Reichstagsparteien (III, S. 80 ff.) hätte mehr Wert, wenn sie statt von Angehörigen der fraglichen Parteien von unbefangenen Wissenschaftlern, die außerhalb der Parteien stehen, verfaßt worden wäre. Sie wären der begreiflichen Versuchung, von der eigenen Partei das Beste zu sagen, nicht ausgesetzt und hätten niemandem zuliebe oder zuleide neben die Programme die nachprüfenden Tatsachen gesetzt. Man nehme z. B. das preußische Dreiklassenwahlrecht. Es war ein beständiger Streitgrund und die Verbitterung ward besonders groß, als sogar während des Krieges der Wunsch, es zu beseitigen, an hartem Widerstande sich brach. Ein neutraler Geschichtsschreiber würde den Anteil der Konservativen Partei erforscht haben, und wenn er auch zu dem Ergebnisse käme, die Verteidigung des preußischen Wahlrechtes vergleichsweise zu billigen, hätte er gewiß ebenso die nicht günstigen Wirkungen dieser Politik und ihre Rolle als Vorarbeit für die Umwälzung auf sich wirken lassen

und danach sein Urteil geformt. Ganz anders das Parteimitglied. Für dieses war das Klassenwahlrecht etwas unbedingt großes, eine Rettung des Reiches. Die Partei will vorausgesehen haben, daß die homogene Gestaltung des preußischen Landtages im Verhältnisse zum Reichstage und die zu diesem Zwecke durchgeführte völlige Demokratisierung des Landtages die Wirkungen hervorbringen würde, die jetzt die Revolution gebracht hat. Deshalb hat man sich auch gegen die Beseitigung jeder ungleichen Wahlkreiseinteilung für den Reichstag gewehrt, was namentlich den süddeutschen Parteien zu-statten gekommen ist (III, S. 98). Nur Parteistolz kann in mißfarbenen Machenschaften schimmerndes Gold sehen! Rein sachliche, zweckfreie Belehrung, und deswegen wird das Handbuch herausgegeben, darf nicht den Parteien ausgeantwortet werden. Wenn es dennoch geschieht, müßte zum mindesten in jedem dieser Artikel das geltende Parteiprogramm abgedruckt werden, wie es für die Zentrums- und, freilich nicht ebenso vollständig, für die Mehrheitssozialisten geschehen ist. Mit den Umschreibungen der Programme ist wenig anzufangen, denn sie sind eben Urteile in eigener Sache und lassen, oft unbewußt, Licht und Schatten dorthin fallen, wo es ihrer Politik am meisten schmeichelt.

Eines läßt sich diesen Selbstanzeigen nicht absprechen: sie sind traurige Belege für die politische Zersetzung des deutschen Bürgertums. Ihnen zufolge verwindet die Hälfte der bürgerlichen Parteien die neue Verfassung nur mit lauten oder stillen Vorbehalten. Für diese Parteien ist die Wiederherstellung des früheren Zustandes bloß aufgeschoben, es gibt für sie keine Volkssouveränität, und das Hauptproblem der Zeit ist ihnen das Überwinden der Demokratie, der radikalen Parteien und des Sozialismus. Die Hälfte der bürgerlichen Parteien will eine andere Außenpolitik als die jetzige „Illusionspolitik“ (III, S. 94), obgleich jeder Tag neuerdings lehrt, daß einstweilen das deutsche Volk noch keine Wahl in seinem außenpolitischen Kurse hat. Deutsche und deutschnationale Volkspartei haben ferner den gleichen Zug zur Herrschaft und zu den Machtmitteln der Staatsgewalt und gehaben sich mehr oder weniger als Gegner der übrigen bürgerlichen Parteien selbst in Dingen, die wie das Eindringen des Parteieinflusses in das Beamtentum oder den Klassenkampf, letztere ebenfalls mißbilligen. Beide sind daher auch untereinander verschiedenen Sinnes in der Grundlegung ihrer Programme (hier historischer Konservatismus, dort wirtschaftliche und politische Interessen) und in Einzelem (Beurteilung des parlamentarischen Regierungssystems, Stellung des Reichspräsidenten, Sicherheit der Selbstverwaltung und der persönlichen Freiheit, Verhältnis des Staates zur Volkswirtschaft u. a.). Beide erklären sich als Sammelparteien (III, S. 95, 99), der Sammelpunkt soll jedoch einerseits der nationale Gedanke, andererseits eine „nüchterne, praktische Wiederaufbau-tätigkeit“ sein. Die Gegengruppe (Zentrum und Deutsche demokratische Partei) ist einzig betrefFs Staatsform, Verfassung, Volksregierung, soziales Recht, Privatwirtschaft, Arbeitsverhältnis, Kulturpolitik usw., trotzdem stufen sich die beiderseitigen Parteiziele hinsichtlich der religiösen Anschauungen, der Familie, Bevölkerungspolitik, Schule, Sittlichkeitspflege u. ä., wenn nicht im Inhalte, so doch im Grade ab. Statt durch Bewußtsein der Zusammengehörigkeit und Gemeinwille verbunden zu sein, stellt im Gegen-teile das Bürgertum eher eine wohlgegliederte Schlachtordnung dar, auf deren beider Seiten in jedem Augenblicke auch die Freunde aufeinander geraten können. Die Teilung in den großen politischen und sozialen Fragen, die nun auf der Tagesordnung sind, ist es, die verhängnisvoll die Festigung des Volksstaates hemmt. Der Obrigkeitsstaat wurde zurückgedrängt,

jedoch nicht, eine Bestätigung des früher Gesagten, aus den Köpfen verdrängt. Er hat genug geistige Kraft bewehrt, um in die Politisierung der bürgerlichen Schichten von vornherein eine Spaltung hineinzutragen. Wäre es nicht mehr, als daß einzelne Parteien ein Monopol der nationalen Gesinnung beanspruchen, das Preuß als Hinterlassenschaft des Obrigkeitsstaates bezeichnet (III, S. 21), so könnte es noch hingenommen werden. Leider wurden sämtliche politischen und sozialen Gegensätze der Friedenszeit aus der Berufspolitik verschärft in die Massen verpflanzt, was sehr leicht war, weil schon im Frieden der Streit im Grunde um Obrigkeits- und Volksstaat ging. Die Politisierung des Bürgertums wird vermutlich zunächst mehr den Anschauungen des alten Staates nützen, darauf deuten die Niederlage der demokratischen Partei und zum Teil auch die Minderung der für die Mehrheitssozialisten abgegebenen Stimmen bei den Reichstagswahlen des Jahres 1920. Die Anhängerschaft des Volksstaates wird aber unter allen Umständen ein nicht zu verachtender Gegner sein, also unabsehbare Zerrissenheit Deutschlands. Sie hat oft genug schon Schaden gestiftet und deshalb sollte es keiner Mahnung daran bedürfen, daß in der jetzigen Unfreiheit und Schwäche das Zerwürfnis seiner Bürger Deutschland gänzlich entkräftet und die Aussichten auf Wiederaufbau verschlechtert.

Unter den Artikeln über die sozialdemokratischen Parteien ist der des ehemaligen preußischen Ministers S. Hirsch über die Mehrheitssozialisten (III, S. 101 ff.), wiewohl er den früheren Auflagen entnommen ist, jetzt fast wichtiger als vor dem Kriege. Der Bericht über die Geschichte der Sozialdemokratie seit dem ersten Allgemeinen deutschen Arbeiterkongresse im Jahre 1863 bietet kaum Neues. Am Schlusse der Abhandlung sind jedoch der Angabe der politischen und wirtschaftlichen Parteiziele einige Bemerkungen hinzugefügt, die auffallen müssen. Es sei kein Ziel der Partei, wird gesagt, eine neue Klassenherrschaft zu errichten, sondern einen Zustand zu schaffen, in dem die Klassengegensätze durch Aufheben der Klasse selbst überwunden werden. Charakteristisch für die sozialdemokratische Partei sei das Bewußtsein ihrer eigenen historischen Bedingtheit wie überhaupt der historischen Bedingtheit aller politischen und wirtschaftlichen Zustände. Die Partei sei von einer Entwicklung des Menschengeschlechts im Sinne einer aufsteigenden Kultur überzeugt und darum auch diejenige Partei, die den Kampf für die allgemeinen Kulturinteressen führt. Aus der jeweils erreichten Entwicklungsstufe ergeben sich mit innerer Notwendigkeit die Aufgaben, die erfüllt werden müssen, um zu einer höheren Kulturstufe emporzusteigen. Als Bahnbrecher einer aufsteigenden Kultur gibt sich der Sozialismus an dieser Stelle nicht zum ersten Male, das überraschende ist aber die Wärme, mit der die Verfeinerung der Kultur als oberstes Ziel verkündet wird, das Verschwinden der Klassengegensätze, ohne den Klassenkampf zu erwähnen, und der geistige Rahmen dieser Erklärung, insbesondere die geschichtliche Abhängigkeit, die Wandelbarkeit der Ziele vermöge dieser Abhängigkeit und neben der sonst meistens allein zugelassenen Wirtschaft die allgemeinen politischen Zustände, d. h. Geist und Wille als gleichberechtigte Antriebe. Die milden Worte sind keine Ketzerei, doch verglichen z. B. mit dem Erfurter Programm welch anderer Ton! Im Hinblick auf den Platz, welcher der Kultur angewiesen ist, beinahe eine andere Bewertung! Man würde sich daher kaum gewundert haben, wenn diese Stelle in der neuesten Auflage entfallen wäre, da sie den radikalen Nebenbuhlern eine Handhabe für absichtliche Mißverständnisse geben kann. Der Fernerstehende kann aus dieser wiederholten Erklärung nur schließen, daß die Partei sich nicht veranlaßt sieht, ihren Konkurrenten Zugeständnisse zu machen. Diese ver-



gelten es, indem sie den Sozialismus der Demokratie, des Anpassens an die Politik und Wirtschaft der Zeit und der Kulturerhöhung verneinen und einen Sozialismus der proletarischen Diktatur, des revolutionären Rätesystems und der Aktion der Masse betreiben (III, S. 120 ff.). Sie sind damit in anderthalb Jahren von 2300 000 Stimmen und 22 Mandaten auf 4800 000 Stimmen und 81 Mandate gekommen. Bei solcher Sachlage ist es der Gipfel sorgloser Politik, wenn von bürgerlichen Parteien außer ihrer Zwietracht noch der Eintritt in die Regierungsmehrheit verweigert wird, weil diese auch die Mehrheitssozialisten umfaßt, oder wenn sie gar bei außenpolitischen Hochspannungen mit der äußersten Linken gegen die Regierung gemeinsame Sache machen. Das Handbuch ist ein Gewissensspiegel, in dem im Leben durch die Gewohnheit überwachsene politische Sünden grell sichtbar werden.

Dem Schreiber dieser Zeilen mag es zugute gehalten werden, wenn er vor Verlassen des streng politischen Gebietes darauf verweist, daß unter allen Parteien, die im Handbuche zum Wort gelangen, nur der Vertreter der Deutschnationalen Volkspartei des Anschlusses Deutschösterreichs an das Deutsche Reich gedenkt, indem er mitteilt, daß diese Partei im Gefühle der Volksgemeinschaft für das den Deutschen Österreichs von der Entente bestrittene Recht der Selbstbestimmung sich einsetze (III, S. 101). Wer weiß, was im gleichen Falle Italien für seine Volksgenossen in Österreich, Russischpolen für seine Landsleute in Galizien und Posen oder die Dänen für die dänische Bevölkerung in Schleswig empfanden und welche Früchte ihnen dies trug, dem ist jene schweigende Gleichgültigkeit ein Rätsel. Von der kurzen Bemerkung abgesehen geschieht in den letzten Bänden des Handbuches salvo errore nur noch zweimal Deutschösterreichs Erwähnung, jedesmal als Beispiel für etwas, das zu tadeln ist. Es wird angeführt, daß das Aufheben der Kollegiengelder in Österreich ein Mißgriff war (III, S. 274), und dann wird Österreich als Land der verrufensten Verwaltung (?) namhaft gemacht (IV, S. 330)).

Die Teile des Handbuches, die der Verwaltung gewidmet sind, interessieren namentlich durch die Neuerungen, die für notwendig gehalten werden oder zum Teile schon in Ausführung sind. Dem Gedanken des Volksstaates entspricht das Vorrücken der Selbstverwaltung „bis zur äußersten Grenze der Möglichkeit“ (III, S. 140 ff.). Insbesondere steht die Kommunalisierung der Provinzen und Kreise in Aussicht, durch die jedoch der Staats- und Verwaltungseinheit kein Abbruch geschehen darf. Daher werden gegen den Plan Preußens, die Selbständigkeitsrechte der Provinzialverbände zu erweitern und auch das landrätliche Amt zu kommunalisieren, Bedenken erhoben, zumal davon das Zerfallen des Einheitsstaates in lose vereinigte Landschaften zu befürchten wäre. Zum Zwecke des Ausbaues der Volkswohlfahrtspflege wird verlangt, die sozialpolitische Gesetzgebung im Arbeits-, Gesundheits- und Erziehungswesen zu erneuern (soziales Arbeitsrecht, Bekämpfen drohender Volksseuchen, neue Abgrenzung des Verhältnisses zwischen Staat und Familie, Reform der öffentlichen Unterstützungen und der Verwaltung der behördlichen und freien Wohlfahrtspflege, Jugendfürsorge usw.). Die nun zerstreuten Zweige der Wohlfahrtspflege sollen unter einheitlicher Leitung vereinigt werden (III, S. 146 ff., 318 ff., 322 ff., 338 ff.). In der Justiz ist man sich über die Notwendigkeit von Änderungen seit langem klar. Merkwürdig ist die Wahrnehmung, daß der Krieg und die ihm folgenden Umwälzungen ungeachtet ihrer zweifellosen moralischen Rückwirkungen nach den einschlägigen Abhandlungen (III, S. 176 ff., 189 ff., 202 ff., 211 ff. und 220 ff.) im Strafrechte kein besonderes Bedürfnis erzeugt zu haben scheinen, über die früheren gesetz-



geberischen Pläne hinauszugehen. In einer Wissenschaft, die nun endlich ganz auf das Leben des Menschen und der Gesellschaft gestellt ist, muß ein solches Abprallen aller Nachschwingungen erschütternder Vorgänge Staunen erregen. Es widerspricht auch dem nun allseitig angenommenen Gleichlaufe von Volks- und Rechtsgeschichte und das Heute ist strafrechtlich gewiß nicht dasselbe wie die Zeit vor dem Kriege. Fast möchte man meinen, die Periode der Aufnahme neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse sei vorläufig wieder zu Ende, denn daß es solchen regelmäßigen Wechsel der Empfänglichkeit auch in der Wissenschaft gibt, ist sicher. Immer folgt auf die Entdeckungen deren Verwandlung in ein festes Gedankensystem, in dem dann das Geschlecht der Neuerer ebenso eingesperrt bleibt wie ihre Vorgänger es zuletzt in den auf gleiche Weise entstandenen Dogmen ihrer Zeit waren. Ein unersetzlicher Verlust wäre es jedenfalls, wenn wirklich die Klinik der Verwilderung aller Altersstufen, Berufe und beider Geschlechter, an der so unendlich viel zu lernen war, ohne wesentlichen Fortschritt für die Heil- und Vorbeugekunde des Verbrechens geschlossen würde. Ein wohlthuend frischer Wind weht hingegen im Bereiche des bürgerlichen Rechts. In einem trefflichen Artikel, in dem vom Anfange bis zum Ende alles überzeugt (III, S. 185 ff.), zählt F. Endemann die Abänderungen auf, die mit der Zeit in Angriff zu nehmen sein werden. Daß wirkliche Hilfe aber nur die moralische Gesundung der Volksgesamtheit zu bringen vermöge, was noch mehr für das Strafrecht gilt, und Treu und Glauben alle Verkehrsbeziehungen beherrschen müsse, sind Wahrheiten, die sich die Demokratie noch mehr als eine andere Regierungsform gegenwärtig zu halten hat, weil sie die Gewalt des Staatsoberhauptes und der Behörden in der Monarchie zum Teile ersetzen müssen. Das Freimachen des bürgerlichen Rechts vom Übel der rückwirkenden Kraft und der gesetzlichen Fiktionen ist gerade so ein Schuß ins Schwarze wie die Verstärkung der elterlichen Gewalt, die notwendige Verbesserung des Rechts der unehelichen Kinder, die Beschränkung der Testierfreiheit, die Änderung des ehelichen Güterrechts, des internationalen Privatrechtes u. a.

Das Hauptstück über Schulwesen, Wissenschaft und Kunst leitet eine einsichtsvolle, vorurteilslose und zeitgemäße Arbeit von E. Stutzer über staatsbürgerliche Bildung und Erziehung ein (III, S. 227 ff.). Sie soll in allen Unterrichtsanstalten und außerdem in besonderen Fortbildungskursen unterwiesen und gepflegt werden. Auch die Presse könnte, wie Stutzer meint, fördern, indem sie das Verbindende über das Trennende stellt und nach dem Worte Bismarcks in jedem Deutschen zuerst den Landsmann, nicht den politischen Gegner sieht. Die Klippe, die zu umschiffen das A und O der staatsbürgerlichen Erziehung ist, wird meistens verkannt. Nicht die Unbefangenheit, Parteilosigkeit des Unterrichts ist es, dafür werden trotz aller Politisierung geeignete Leute zu finden sein. Der Stein des Anstoßes ist der Zweifel, ob überhaupt zurzeit staatsbürgerliche Bildung noch möglich ist, die mehr als Vermittlung der wichtigsten Tatsachen des Staatslebens bezweckt. Sowie das Denken des Kindes zu Vorstellungen über das Staatsleben fähig wird, ist es nämlich jetzt auch schon der Gefahr einseitiger politischer Bestimmung ausgeliefert. In der Familie hört es politische Äußerungen, hat es ein politisches Vorbild oder erfährt wenigstens, für oder gegen welche Partei man sein soll. Jenseits der Volksschule ist die Jugend von allen Seiten von politischem Seelenfange umgeben. Wenn mit der staatsbürgerlichen Lehre in der Schule begonnen werden kann, mag der Lehrer sehr häufig schon etwas wie politisches Vorurteil beobachten, gegen das er einen verlorenen Krieg zu führen hat. Das Herabsetzen der Grenze für die Wahlberechtigung rückt die schulbesuchenden Stufen der Jugend

den bereits politischen näher. Von den meisten Parteien sind Jugendorganisationen und Jugendzeitungen ins Leben gerufen, kurz, die gute Zeit für die staatsbürgerliche Erziehung, wo die bildbare Jugend ein politisch unbeschriebenes Blatt ist, dürfte, wenn nicht überhaupt vorüber, doch sehr eingeschränkt sein, namentlich in den großen Städten, und diese Veränderung im Erziehungsobjekte wird die Erziehungsweise nicht wie bisher ganz außer acht lassen dürfen. Insbesondere wäre zu erwägen, ob nicht das Aufkeimen von Vaterlandsliebe und Staatsgesinnung nach anderen Grundsätzen zu unterstützen wäre als das eigentlich Lehrhafte. Richtiger scheint es, für das erstere Ziel, das nicht mit Verstand und Wissen allein zu erreichen ist, hauptsächlich durch Einbildungskraft und Idealismus, Erinnerung an große Männer, Kunst, Dichtung und volkstümliche Überlieferung auf Empfindung und Gefühl zu wirken. Für diesen Teil der Aufgabe wäre auch die Mithilfe von Frauen von Vorteil, die von ihrem Mutterberufe dafür natürliche Gaben besitzen. Der jetzigen Jugend wäre übrigens, abgesehen von der Erziehung für das Staatsleben, für ihr künftiges Wirken ein Mehr von Gemüt, ein Zusatz edler gesellschaftlicher Gefühle aufrichtig zu wünschen, wie überhaupt zu beachten ist, daß die staatsbürgerliche Erziehung zugleich „Erziehung für die Welt und zum Menschen“ ist. Von dem, was sonst die Schulen anlangt, seien nur die Reformpläne für die Hochschulen angedeutet. Ihre Verfassungen wären zu modernisieren, — dem Senate sollen sogar Vertreter der Studentenschaft für alle diese berührenden Dinge beigegeben werden — Forschung und Lehre in ein richtigeres Verhältnis zu bringen, die Seminarien zu vervollkommen, die Anforderungen in den Schulen, die für die Hochschulen vorbereiten, zu steigern, die besoldeten Lehrstellen zu vermehren, die Selbstverwaltung aufrechtzuerhalten und neue Fakultäten zu schaffen. Dann noch Mitarbeit der Hochschulen an der Ausbildung der Volksschullehrer, Lehrfreiheit, akademische Freiheit der Studierenden, deren finanzielle Leistungen nicht erhöht werden sollen. Was die Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultäten betrifft, ist der unwichtigste Vorschlag der, die Zeitungskunde in den Lehrplan aufzunehmen, im übrigen ist die Erörterung der Reform ein unaufhörlich geschütteltes Kaleidoskop, in dem stets dieselben Sachen: Hauptvorlesungen, Repetitorien, Anschauungsunterricht, Prüfungen, Unterrichtszeit, Vorbereitungsdiens, nur einmal so und einmal anders, nebeneinandergeschichtet werden, niemand aber der Frage ins Gesicht sieht, ob nicht der im Grunde noch immer mittelalterliche theoretische und praktische Unterricht endlich aufzugeben und etwas völlig neues aufzurichten wäre, das die Kenntnis des erforderlich erachteten Lehrstoffes und die sonstigen Berufserfordernisse dem heutigen Geistesvermögen und der heutigen Geistes- und pädagogischen Technik gemäß zu vermitteln trachtet (III, S. 267 ff., 278 ff., 285 ff., 289 ff. und 259 ff.).

Nicht zu übergehen sind die Darlegungen von R. v. Scheller-Steinwartz über auswärtige Politik, Diplomatenkunst und Reform des Auswärtigen Amtes und Dienstes (III, S. 345 ff., 351 ff. und 355 ff.). Sie führen die Gedanken fort, die derselbe Verfasser im zweiten Bande des Handbuchs (S. 303 ff.) geäußert hat, nur werden sie nicht mehr kritisch, sondern als bejahende, schaffende Theorie vorgetragen. Auch sie erwartet einen Umschwung der Zustände vom geistigen Wandel, es soll ein bis an die Wurzel reichender Wechsel werden. In den Gedankenkreis des einzelnen Staates soll ein sozialer Einschlag kommen, die Völker sollen soziologisch fühlen lernen und ihre Außenpolitik soll der Monismus des wohlverstandenen wahren Nutzens leiten oder mit anderen Worten, die Außenpolitik wird sich vom Individualismus zur Solida. zu wandeln haben. Die Reihe: sozial,

soziologisch, Monismus und Solidarität ist widerspruchsvoll, gemeint ist Benthamscher Utilitarismus, der aber, weil der wahre Nutzen schon unzählige Male sehr verschieden verstanden wurde, keineswegs schlechthin Solidarität verbürgt. Vielleicht wurde in der Tat, wie v. Scheller behauptet, von Deutschland die Gelegenheit zu einer Politik der Solidarität im Verhältnisse zu England seinerzeit versäumt, ob es aber in der Welt viel besser wird, wenn die auswärtige Politik von dem Gedanken des wohlverstandenen wahren Nutzens beseelt ist, steht dahin. Denn vor allem ist zu fragen: wessen Politik und wessen Nutzen? Die Tätigkeit der Staaten im Völkerverkehr war bis zur Erfindung der Diktate, und ist auch jetzt jenseits der Diktate, etwas gegenseitiges, so daß bei jedem Handeln in diesem Gebiete sowohl Politik wie Nutzen wenigstens zweifach sind. Der Entschluß eines einzelnen Landes, seinen wohlverstandenen wahren Nutzen zur Richtschnur zu nehmen, würde daher an und für sich noch keinen Fortschritt der Welt- oder auch nur der europäischen Politik anbahnen. Das wäre erst der Fall, wenn sich alle oder die Mehrzahl der Staaten zu diesem Satze als „Maxime ihres Willens“ bekennen. Genau genommen, war das schon da, zum mindesten war der europäischen Außenpolitik in der Zeit nach den Napoleonischen Kriegen und bis zum Übergreifen des Nationalismus und Imperialismus dieser Gedanken nicht ganz fremd. Bald besser bald minder gut verwirklicht begegnet man ihm in den Wiener Kongreßakten, in der heiligen Allianz wie im Prager Frieden, und neben die Friedensverträge des Weltkrieges gehalten, zeigt er sich auch in der Friedenspolitik Deutschlands nach dem Kriege von 1870/71. Darum wäre eigentlich nur zu ihm zurückzukehren und ihn um solcher Rückkehr willen wieder ins Gedächtnis zu rufen, ist sehr verdienstlich. Aus den Erklärungen der englischen und französischen Staatsmänner geht hervor, daß die ersteren, indem sie wegen ihrer eigenen Volkswirtschaft Schonung Deutschlands verlangen, einer „soziologischen“ Politik nicht abgeneigt wären, doch die französische Politik dampft noch von Nationalismus und Egoismus, mit den Worten v. Schellers könnte man es Monismus des politischen Ichthums nennen. Die deutsche Politik dürfte deshalb bis auf weiteres in der Wahrung der deutschen Lebensinteressen bei den besten Absichten, über den wohlverstandenen wahren Nutzen nicht hinauszugehen, einen schweren Stand haben. Den Ausweg aus der Not öffnen oder sperren ihm trotz allem Mächte mit anderem Maße. Der Katechismus eines guten Diplomaten, den die angegebenen Artikel noch enthalten, ist aus den Fehlern der deutschen Diplomatie in den Friedensjahren abgezogen. Die Fehlerliste ist lang, sie läßt wenig ungetadelt, atmet aber tapferen Freimut und gesunden Sinn und vermeidet das Gehässige einer Anklage dadurch, daß die abfälligen Urteile als Ratschläge für Verbesserungen auftreten. Schmerzlich sind Enthüllungen über die Zustände des auswärtigen Amtes, dem nachgesagt wird, daß es sich fünfzig Jahre lang jeder Entwicklung und Anpassung an die fließenden Verhältnisse entgegengestemmt habe, mehr aus Verknöcherung und Trägheit als aus berechtigtem Konservatismus. Es sei ihm die lebendige Verbindung mit den auswärtigen Organen, das Zusammenwirken seiner eigenen einzelnen Abteilungen und das mit den übrigen Reichsämtern abgegangen, es hätten die Einrichtungen gemangelt, die es ermöglichten, sich über die fremden Länder auf dem Laufenden zu erhalten, und ebenso die Fühlung mit der deutschen Presse. Ein Teil seiner Beamten habe nur wenig Kenntnis der diplomatischen Auslandspraxis und des politischen Lebens gehabt usw. Noch unverantwortlicher als die vielen Fehlgriiffe wäre es, wenn diese Kritik eines gewiegten Kenners, die mit ein-



leuchtenden Anträgen nicht kargt, bei einer Neugestaltung des auswärtigen Amtes ungehört und unberücksichtigt bliebe.

Zwei für das Kommende belangreiche gesellschaftliche Tatsachen sind noch vorzubringen. Dem Umsturz entsprang eine doppelte wirtschaftliche Bewegung: eine Wendung von der Privatwirtschaft zur öffentlichen oder irgendwie mit der öffentlichen verschwisterten Wirtschaft (Arbeitsgemeinschaft, Gemeinwirtschaft, Sozialisierung, Planwirtschaft) und ein Abrücken der Wirtschaft vom Staate und von der Politik zu möglichst freier Selbstverwaltung. Beides ist Gärung, mehr noch Vorhaben oder Versuch, aber schon so weit, daß es kaum vorübergehen wird, ohne Spuren zurückgelassen zu haben. Diese Bewegungen greifen ineinander, bald ist die eine, bald die andere Mittel oder Ziel. Ihre Triebkräfte sind Kapitalismus und Sozialismus, doch so, daß der Kapitalismus sozialistische oder doch soziale Zusätze gestattet. Der Sozialismus ist bei dieser Bewegung angreifend oder doch vordrängend, das Kapital mehr abwehrend. Es will den Gefahren zuvorkommen, die seiner Ansicht nach in einer demokratischen Staatspolitik und einer Parlamentsregierung lauern. Es handelt sich somit um ein Stück der Überleitung von alter zu neuer Wirtschaftsordnung, die mit dem Umsturze in Gang kam. Das Handbuch der Politik mußte von der Bewegung Kenntnis nehmen, sie ist aber noch schwankend, so daß nicht mehr geschehen konnte, als die neuen Gebilde als Bausteine zu beschreiben und anzumerken, was sie bis jetzt erlebt haben. Eine Übersicht, die das Gewoge von Veranstaltungen, von denen nun oft die Rede ist, verständlicher macht, mag nicht unwillkommen sein. Die Arbeitsgemeinschaft (IV, S. 161 f. und 400 f.) ist der Friedensvertrag zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden, durch den im November 1918 die wichtigsten Forderungen der letzteren, einschließlich der Parität im Arbeitsverhältnisse und im Arbeitsnachweise, anerkannt wurden, nachdem jahrzehntelang heftig darum gekämpft worden war. Sie ist die Grundlage sowohl für das Fortführen des bisherigen industriellen Betriebes wie für alle neuen Wirtschaftsexperimente. An Absagen, Zuckungen, Austritten usw. war, namentlich auch wegen des Richtungstreites und der inneren Kämpfe in der Arbeiterbewegung, kein Mangel. Die Unruhe in den Arbeitermassen ist noch zu groß. Während von einer Seite gesagt wird, die Arbeitsgemeinschaft habe die beste Gelegenheit versäumt, Mittelpunkt der wirtschaftlichen Selbstverwaltung zu werden (IV, S. 161 f.), meinen andere, man könne sich die gemeinsame organisierte Regelung der Arbeiterbewegung unter unabhängigem Vorsitz nicht mehr ohne größte Erschütterung aus dem sozialen Leben wegdenken (IV, S. 401). Durch die gemeinwirtschaftlichen oder gemischtwirtschaftlichen Betriebe (IV, S. 127, 259, 268, 330 f. und 333 f.) sollen staatliche oder Monopolunternehmen in öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsbetrieb überführt werden. Der Staat nimmt an der Wirtschaft noch teil, neben ihm beteiligen sich Privatunternehmertum oder öffentliche Körperschaften. Es ist die erste Abdrängung des Staates und des Parlaments von der Wirtschaft. Die Organisation ist zugleich auf den gemeinsamen Vorteil aller eingestellt. Das Arbeitsverhältnis im Betriebe hat sich nach den Abmachungen der Arbeitsgemeinschaft zu richten, die Arbeiter haben daher auch nicht mehr Rechte als ihnen das Betriebsrätegesetz verliehen hat, sie sind noch nicht Glieder der Unternehmerschaft. Der gemeinwirtschaftliche Betrieb wird nun der Verstaatlichung vorgezogen. Die Sozialisierung endlich, wie sie in der Verfassung bestimmt wird, schafft aus wirtschaftlichen Unternehmungen und Verbänden eigenberechtigte wirtschaftliche Selbstverwaltungskörper, aus deren Mitbetriebe der Staat ausscheidet, während die Arbeiterschaft nun kraft der Verfassung



und ohne die Begrenzung des Betriebsrätegesetzes an der Verwaltung mitzuwirken berufen ist. Die wesentlichen Merkmale der Sozialisierung sind somit Freiheit vom Staatszwange, demokratische Bewirtschaftung durch Produzenten und Verbraucher und Betrieb auf Grund Gemeinschafts- oder Gesamteigentums und Volksvermögen, mit Ausschluß von Staats- oder Privatkapital (IV, S. 329 ff. und 333 ff.).

Den Einwendungen gegen die Sozialisierung wollten der Reichswirtschaftsminister Wissel und v. Moellendorf durch die Planwirtschaft ausweichen, welche die einzelnen Industriezweige, ohne das Eigentum der Unternehmer anzutasten, als Selbstverwaltungskörper organisiert. In dessen regierender Stelle haben unter Gleichstellung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern Erzeuger, Handel und Verbraucher Sitz und Stimme. Dem Reiche ist im Eisen-Wirtschaftsverbände ein Vetorecht, nach dem Kohlen- und dem Kali-Wirtschaftsgesetze das Recht der Nachprüfung und Sanktion der Entscheidungen eingeräumt. Die Planwirtschaft sollte die Zwangswirtschaft ersetzen, wenn die Marktverhältnisse, und zumal die „durch Valutastand beeinflussten Beziehungen zwischen dem deutschen Markte und dem Weltmarkte besondere Vorsichtsmaßregeln geboten erscheinen ließen“ (IV, S. 141 ff., 349 und 402). Grundstock und Rückgrat der Planwirtschaft ist der ältere Gedanke, die Wirtschaft dadurch aus dem Bereiche des Staates und der Politik zu bringen, daß die wirtschaftlichen Betriebe gruppenweise, im übrigen ähnlich den Trusts und Syndikaten, staatlich anerkannte Selbstverwaltungskörper werden, in die auch staatliche Unternehmungen der fraglichen Industriegruppe eintreten können (Gilden-Sozialismus). Diesen Körpern könnten zum Teile auch staatliche Befugnisse und namentlich die Besteuerung überlassen werden. Sie würden die unmittelbaren Steuerträger, mit ihnen würden die jeweiligen Steuerleistungen vereinbart und ihnen würde dann deren Verteilung auf die Verbandsglieder obliegen. So kämen zur Selbstverwaltung Wirksamkeiten der Selbstregierung hinzu, bisweilen ist sogar von einer Art Parlament der Selbstverwaltungskörper die Rede als Gegengewicht der politischen Vertretungskörper (IV, S. 330). Diese Ideen, welche die Umwälzungen zum Hochfluge beschwingt haben, stoßen sich auch hier hart im Raume. Ungeachtet der Arbeitsgemeinschaft werden schwere Wirtschaftskämpfe mit den Unternehmern vorausgesagt, den Streiks wurde nicht Einhalt getan, deren Umfang und Heftigkeit wächst vielmehr, wenngleich es häufig wilde Streiks sind, deren Suggestion allerdings in der Regel dann auch Arbeiterkreise erfaßt, die anfangs dem Streik widerstrebten. Bei Erörterung der Heilmittel gegen das Streikfieber kommt die Arbeitsgemeinschaft kaum in Betracht. Über den Gilden-Sozialismus wird nachgedacht und bisweilen verhandelt. Sein stark hervorgekehrter antipolitischer Zweck sowie der Zug, sich über Regierung und Parlament zu erheben, haben ihm ebenso wie das Begehren, die Staatseisenbahnen den Selbstverwaltungskörpern auszuliefern, mehr Gegner als Erfolge verschafft. Mit der Gemeinwirtschaft scheint man sich noch am ehesten befreunden zu wollen. Sie bietet den bürgerlichen Wirtschaftskreisen ein Obdach für das Kapital und eignet sich sehr für Kommunal- und Provinzialunternehmungen. Gefährlich werden ihr die Streiks, namentlich in städtischen Gas-, Wasser-, Elektrizitätsbetrieben. Ein sozialistischer Führer klagte jüngst darüber, daß die Arbeiter nicht begreifen, wie sehr der Dienst an der Gemeinwirtschaft Hingabe, Pflichttreue und Opfermut erfordere, wenn nicht der Sozialismus zusammenbrechen soll. Die Planwirtschaft hat, wie gesagt, beschränkt Ausführung gefunden. Auch das Sozialisierungsgesetz ist in Kraft getreten und es wird Sozialisierung des Kohlenbergbaues, der Elektrizitätswirtschaft,

der Verkehrsmittel, des Großgrundbesitzes, der Versicherung und des Heilwesens gefordert. Die Gegnerschaft wider die Sozialisierung hat sich aber nicht vermindert. Man verneint entweder deren Durchführbarkeit überhaupt (IV, S. 286) oder doch hinsichtlich einzelner Wirtschaftszweige wie z. B. der Privatmonopole (IV, S. 266) oder der Elektrizitätswirtschaft (IV, S. 273 f.). Letztere Sozialisierung hält man auch deswegen für eine außerordentliche Gefahr, weil die Entente bei Nichterfüllung einer Vertragsbedingung die Kraftwerke in Beschlag nehmen könnte und damit eine Handhabe für Wirtschaftsspionage besäße. In einem der schönsten Aufsätze des Handbuches (IV, S. 333 ff.) gelangt außerdem R. Wilbrandt, obgleich keineswegs ein Gegner der Sozialisierung, zu dem Schlusse, daß mit den heutigen Menschen, deren Selbstsucht auf die Spitze getrieben ist, die Sozialisierung nicht zu wagen sei. Vorangehen müsse die Sozialisierung der Bildung, vor allem durch Erziehung in vorbereitender Gemeinwirtschaftsarbeit mit dem Ziele der „Gemeinschaftsbildung, Arbeitsselbstverständlichkeit, Bescheidung auf Grund eines die Einfachheit mit sich führenden inneren Lebens“. Sofern deshalb Wagnis, Leitung und Verwaltung der Betriebe zunächst noch dem privaten Unternehmen anvertraut bleibe, müßten dessen „Ausbeutungstendenz wenigstens nach der Produzentenseite hin begrenzt“ werden, so daß ihm nur die Preiserhöhung auf Kosten der Verbraucher oder der technisch-ökonomische Fortschritt für sein Gewinnstreben offen bliebe. Die Entscheidung, wann die geistige und sittliche Reife für die Sozialisierung erworben ist, wird schwer sein und wirft jedenfalls einen neuen Zankapfel zwischen Staat, Unternehmer und Arbeiterschaft. Ähnliche Reifebedingungen für die Anwendung eines gültigen Gesetzes waren bisher nicht Brauch. Man wird deshalb darin wahrscheinlich nur einen Vorwand für die Sabotage dieses Gesetzes erblicken, was, wie Wilbrandt sich nicht verhehlt, Verzicht auf eine innerlichst befriedigte proletarische Masse wäre. Der gesellschaftliche und politische Friede ist jedoch nun das wertvollste. Sollten die Vorkämpfer der Sozialisierung die Bedenken Wilbrandts teilen, wird sie niemand zur Sozialisierung zwingen, andernfalls dürfte es das hochpolitische Wesen dieser Frage verbieten, annehmbare Versuche, die nach dem Gesetze zulässig sind, zu hintertreiben oder vereiteln.

In dem Hauptstücke, mit dem der vierte Band des Handbuches endigt, wird unter der Überschrift „Die Mittelklasse“, die Lage des Bürgertums und einiger Berufsstände wie Handwerker, Beamte, freie geistige und künstlerische Berufe u. a. untersucht. Mittelklasse und Bürgertum decken sich nicht. Staatsrechtlich schließt das Bürgertum auch die unteren und oberen Gesellschaftsklassen ein und wird das Wort als Gegensatz zu Bauern und Arbeitern verstanden, so sind wieder Fabrikanten, Kaufleute, Rentner Teile des Bürgertums. Die richtige Sonderung der jetzigen gesellschaftlichen Lebensverhältnisse und die richtige Abgrenzung der Mittelklasse oder des Mittelstandes, die nun in den besiegten deutschen Ländern verfallen, muß von einem anderen Gesichtspunkte ausgehen. Für sie ist maßgebend der Unterschied einerseits der Erzeuger wirtschaftlicher Güter und derjenigen, die unmittelbar für deren Erwerb und Wohlbefinden arbeiten, und andererseits derjenigen, die ohne in einem erwerbswirtschaftlichen Unternehmen angestellt zu sein, geistig arbeiten, und der Verbraucher, die von den Früchten ihrer früheren Tätigkeit oder von überkommenem Besitze leben. Das sind die Schichten der öffentlichen Angestellten, eines Teiles der Privatangestellten, der Lehrer, freien Schriftsteller, Künstler und Gelehrten, Ruheständler, Rentner und berufslosen Besitzer, also alle, die der Endpunkt der wirtschaftlichen Überwälzungen sind und bestenfalls nur Hilfe erhalten, um diese Überwälzungen aushalten

zu können. Der Krieg und die ihm nachfolgenden Geschehnisse haben im Zusammenhange mit der Entwertung der geistigen Leistungen, die nicht unvermittelt wirtschaftlich nutzbar sind, die Mittelklasse zerlegt und die nicht direkt praktisch verwendbare geistige Arbeit demselben Schicksale überantwortet, vor dem die minderbemittelten Rentner und Kapitalisten stehen. Die in ihrem Dasein bedrohten Gruppen der Mittelklasse haben zumeist, wie das Handbuch zeigt (IV, S. 472 ff., 478 ff., 501 f. und 508), durch Organisation einigen Schutz gegen die Geldentwertung und Überwälzung zu erlangen gesucht, doch die Organisation kann nicht erloschene geistige Empfänglichkeit wieder hervorzaubern und gegen den Rückgang der Nachfrage nach gewissen früher verlangten geistigen Erzeugnissen oder Leistungen kann sie ebenso wenig schützen. Die freien Schriftsteller z. B. werden bereits daran gemahnt, daß die Verbesserung ihrer Lage vom Sinken ihrer Zahl abhängt, was auch deswegen zu wünschen sei, weil Deutschland vor allem Handarbeit brauche, um über die nächsten Jahrzehnte hinwegzukommen (IV, S. 494). Die Moral dieser Teilung der Mittelklasse ist leicht verständlich, ein Wink mit dem Zaunpfahle für die Berufswahl. Sie weist in erster Linie auf einen wirtschaftlichen oder der Wirtschaft und der Vorbereitung für sie bestimmten Beruf. Wenn aber Neigung und Anlagen zu anderem überwiegen, soll die Eingliederung in ein Dienstverhältnis der freien Tätigkeit vorgezogen werden. Zu Wirtschaft oder Beamtentum im weitesten Sinne war man schon in der letzten Zeit vor dem Kriege am Marsche. Das Untergehen der Persönlichkeit in den Massen, das seither ihr Los war, hat keine Heißgier nach Befreiung von diesem Joche hervorgerufen, im Gegenteile dehnt sich der bürokratische Gedanke aus und raubt der Gesamtheit viel von schöpferischem Können, das in Schablonenarbeit vertrocknet. Pflicht einer vorausschauenden Politik wäre daher auch Vorsorge für die individuellen Geisteskräfte, die sich Freiheit des Entfaltens bewahren wollen. Diese haben in der Gegenwart eine ähnliche Sendung wie die Gelehrten und Künstler, die in früheren Jahrhunderten an den Hof von Herrschern geladen wurden, denen der Kulturaufschwung ihrer Länder am Herzen lag.

Doch die Besprechung muß geschlossen werden, soviel Anlaß, mit ihr fortzufahren, noch wäre. Das meiste von dem, womit sie sich beschäftigte, scheint fürs erste abseits von Rechtsphilosophie, mitunter sogar vom Rechte. Letzteres ist bloß Täuschung des Auges; wird genügend tief eingedrungen, gelangt man letzten Endes fast immer auf Bruchstücke der Rechtsordnung. Wie aber die Verfasser der Artikel des dritten und vierten Bandes, vielleicht ohne sich im einzelnen Falle stets es sich klar gemacht zu haben, unter dem Einflusse von Recht und Gerechtigkeit schrieben und dadurch den inneren Zusammenhang mit ihnen herstellten also rechtsphilosophisch arbeiteten, so kann der Jurist um so weniger aus dem Maßstabe für das Prüfen seiner Urteile diesen Zusammenhang und damit die rechtsphilosophischen Gesichtspunkte weglassen. Nur wenige von den besprochenen Gegenständen der letzten Bände des Handbuches werden nicht auch in der Rechtsphilosophie behandelt. Für ein Buch ist es sehr ehrenvoll, wenn es Zustimmung auslöst, mehr Wert hat es aber, wenn es die Leser zu kritischem Nachdenken, zu geistigem Weiterspinnen aufrüttelt. Es darf dies in einem Werke wie das Handbuch der Politik nicht überwuchern, der Schwerpunkt liegt hier in der Sicherheit der mitgeteilten Denkergebnisse, doch auch die neuen Bände halten darin die richtige Mitte. Die Würze sich regender Einwürfe fehlt ihnen nicht ganz. Sie haben vor den beiden ersten Bänden auch die große Mannigfaltigkeit und die Tageswichtigkeit voraus; man könnte von ihnen sagen, sie schließen überhaupt



nicht ab, sie führen geradewegs in die politischen Fragen und Sorgen des Tages. Niemand wird sie unbelehrt aus den Händen legen und die Auskunft erhält er in einer angenehm fließenden Schreibweise oder wie in einem Gespräche, nicht bedingt und knapp wie in den eigentlichen wissenschaftlichen Wörterbüchern. Deshalb ist das Werk auch Laien leicht zugänglich. Es empfiehlt sich ebenso Studierenden als ein vorzügliches politisches Bilderbuch, in dem sie in lebendiger Anschaulichkeit, als sich einprägende Erscheinungen und Zustände wiederfinden, was sie in staatswissenschaftlichen, volkswirtschaftlichen und juristischen Vorlesungen gehört haben. Ein Brunnen der Freude ist das Lesen in diesen Bänden freilich nicht. Wenn sie aber auch zeigen, wie Staat und Volk ihr trübes Los von einer Leidensstation zur anderen schleppen müssen, so sind aus ihnen zugleich neue Ziele und Entwicklungsgänge voll Entschlossenheit zu entnehmen. Wollende, hoffende Menschen sind Zeichen eines wollenden, hoffenden Staates. Die bescheidene Enge mancher Ziele darf nicht einschüchtern. Am Hochmute und Größenwahn einzelner der Gegner hat man das strenge Sichselbstprüfen und das Handeln mit Maß und Ziel als Tugend schätzen gelernt. Vor dem Kriege wurde an diese Tugend zur Unzeit mehr und mehr vergessen. Und als letztes, aber nicht geringstes: Das Handbuch beschönigt nichts, es beschreibt was ist, es ist durchaus wahrhaftig und wahr und deshalb wird es eines der Denkmale seiner Periode werden, das einst bekunden soll, mit welcher Selbstkritik das deutsche Volk sein Schicksal betrachtete, wie bald es aber auch an seine Wiederaufrichtung zu denken und daran ernst zu arbeiten begonnen hat.

## b) Bücherschau.

(Besprechung der nachbezeichneten Bücher bleibt vorbehalten.)

### Rechtsphilosophie, einschließlich der allgemeinen Rechts- und Staatslehre.

**Barth**, Prof., Dr. Paul, Die Philosophie der Geschichte als Soziologie, I. Teil. Grundlegung und kritische Übersicht. Dritte und vierte, wiederum durchgesehene und erweiterte Auflage. XII+870 S. Leipzig 1921. O. R. Reisland. Brosch. 90 M., geb. 105 M. — **Brentano**, Franz, Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis. 2. Auflage, nebst kleineren Abhandlungen zur ethischen Erkenntnistheorie und Lebensweisheit herausgegeben und eingeleitet von Oskar **Kraus**. Bd. 55 der Philosophischen Bibliothek. VI+108 S. Leipzig 1922. Felix Meiner. Brosch. 18 M., geb. 28 M. — **Dehnow**, Dr. Fritz, Rechtswissenschaft als Erfahrungswissenschaft. 15 S. Leipzig 1922. Verlag Unesma G. m. b. H. — **Glaessner**, Dr. Rudolf, Wollt ihr Kinder? Erwünschte oder unerwünschte Fruchtbarkeit. 1. bis 10. Tausend. 14 S. Leipzig und Wien 1921. Anzengruber-Verlag. — **Goldscheid**, Rudolf, Frauen, Freiheit und Friede. Der Aufstieg, Neue Zeit- und Streitschriften Nr. 23/24. 30 S. Wien und Leipzig 1921. Anzengruber-Verlag. 3 M. — **Jerusalem**, Prof. Dr. Franz W., Völkerrecht und Soziologie. 39 S. Jena 1921. Gustav Fischer. 6 M. — **Knuist**, Dr. H., Montesquieu und die Verfassungen der Vereinigten Staaten von Amerika. X+157 S. München und Berlin 1922. R. Oldenburg. 32 M. — **Lampf**, Dr. Walther, Die Revolution in Groß-Hamburg. 135 S. Hamburg 1921. W. Gente. — **Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht**. 1921 Nr. 1 und 2. Jena. Institut für Wirtschaftsrecht. — **Recht und Wirtschaft**, Zeitschrift für deutsches und ausländisches Recht. XI. Jahrg. 1922. Verlag J. Bensheimer, Mannheim, Berlin, Leipzig. — **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. Herausgegeben von Giorgio del Vecchio u. a. I. Jahrg. Heft 2—4. — **Rivista trimestrale di studi filosofici e religiosi**, diretta da Alessandro Bonucci, Prof. ordinario della r. Università di Siena. Vol. II Nr. 3 und 4 1921. — **Schöndorf**, Dr. Fr., Die Gerichtspraxis in Rußland als Rechtsschöpfung. 34 S. Leipzig und Berlin 1922. B. G. Teubner. 15 M.



# Die Neugestaltung des Rechtsstudiums

Vortrag  
gehalten auf dem Vertretertag  
der Deutschen Rechtsstudierenden  
in Göttingen am 27. Juli 1920

Von

**Geh. Justizrat Dr. Ernst Zitelmann**

ord. Professor der Rechte an der Universität Bonn

---

Berlin und Leipzig  
Dr. Walther Rothschild  
1921



Liebe Kommilitonen!  
Geehrte Damen und Herren!

Nicht ohne tiefe Bewegung ergreife ich das Wort an dieser Stelle. Von hier bin ich einst, vor Jahrzehnten, ausgegangen, hier habe ich die Jahre als Privatdozent und außerordentlicher Professor verlebt, köstliche Jahre voll Lernens, Drängens und Stürmens, in der Erinnerung gefüllt mit den Bildern ausgezeichneter Gelehrter, geistvoller, liebenswerter und gütiger Menschen, denen ich nie aufgehört habe, in tiefster Seele dankbar zu sein. Ein Stück Jugend mit ihrem ganzen Duft und Zauber steht wieder vor mir auf, da ich jetzt, wo sich meine Laufbahn bereits dem Ende zuneigt, in die teure Georgia Augusta, wenn auch nur zu kurzem Besuch, zurückkehre. Und es ist ein gutes Ding, gerade hier von Neugestaltung des Rechtsstudiums zu reden; denn Göttingen stand, als ich damals herkam, hinsichtlich der Technik des Rechtsunterrichts an vorderster Stelle, allen anderen Universitäten voran. Was ich selbst später zur Verbesserung getan habe, hier ward der Keim dazu gelegt.

Vergegenwärtigen wir uns einen Augenblick, welches der frühere Zustand des Rechtsunterrichts war. Der frühere Zustand: ich gehe, um einen zeitlichen Ausgangspunkt von allgemeiner geschichtlicher Bedeutung zu gewinnen, zurück auf die Zeit um 1870 herum. Die schnellelebende Welt hat schon ziemlich wieder vergessen, wie unvollkommen der Unterricht damals war. Den durchaus beherrschenden Raum nahm das römische Recht ein, es füllte fast die Hälfte der ganzen Studienzeit aus, zuerst als reines römisches, dann als fortgebildetes gemeines Recht; dazu kam dann der gemeinrechtliche Prozeß. Vom lebendigen Recht der einzelnen deutschen Länder hörte man wenig. Das Staatsrecht trat erheblich mehr hinter dem Privatrecht zurück als jetzt. Das beherrschend im Vordergrund stehende gemeine Recht mit seiner blühenden Wissenschaft war aber tatsächlich in gewissem Maß eine künstliche Schreibstubenabstraktion: es war nirgends ein genau so in Anwendung befindliches Recht, denn in jedem einzelnen seiner Rechtsgebiete war es in besonderer Weise aus- und umgestaltet. Und in

dem größten Teile Preußens, im Königreich Sachsen und in allen rheinischen Ländern, zusammen in zwei Dritteln von Deutschland, hatte es seine unmittelbare Geltung überhaupt verloren und war durch neue Gesetzbücher abgelöst worden. Ganz ähnlich stand es mit dem Prozeßrecht. Das ist eine der merkwürdigsten Erscheinungen in der Geschichte des Rechtsunterrichts, daß die ganze deutsche Jugend ein Recht zu lernen hatte, von dem sie zumeist in der Praxis nichts unmittelbar brauchen konnte. Ich erinnere mich noch deutlich, wie ich, nach fleißigem Studium des Pandektenrechts und des gemeinen Prozeßrechts in meiner Heimatstadt Stettin in die Praxis eingetreten, verdutzt dastand, weil ich von allen meinen Kenntnissen gar nichts gebrauchen konnte, von der Allgemeinen Gerichtsordnung und dem Preußischen Landrecht dagegen auf der Universität so gut wie nichts gehört hatte. Heute verstehen wir freilich, welchen ungeheuren Wert uns dies Nie- und Nirgendsrecht, das gemeine Recht, gebracht hat. Indem es wie eine Art allgemeingültigen Rechts gelehrt wurde, war den jungen deutschen Rechtsstudenten auch in der traurigsten Zeit der deutschen Zersplitterung die Möglichkeit geboten, ihr Studium an jeder Universität in ganz Deutschland zu betreiben: sie konnten auf jeder das Gleiche lernen. Damit war die Freizügigkeit geschaffen: Scharen norddeutscher Studierender fluteten allsemesterlich in die süddeutschen Universitäten hinüber (die umgekehrte Flut war allerdings ungleich geringer), und kamen in ihre Heimat zurück mit einem Verständnis für die Eigenart anderer deutscher Stämme; man darf sagen: hier auf den Universitäten wurde das Gefühl der Zusammengehörigkeit aller Stämme gepflegt und genährt, hier wurde die Einigung Deutschlands geistig vorbereitet, es wurden die Vorbedingungen geschaffen für das große Werk, das der nie hoch genug zu bewundernde Genius Bismarcks zurechtgeschmiedet hat. Insofern haben wir also Grund, der Unvollkommenheit des damaligen Rechtsunterrichts dankbar zu sein. Aber unvollkommen war er doch in hohem Maße.

Dazu kam, daß der Unterricht technisch ganz überwiegend, ja vielfach fast allein in Form von Vorlesungen erfolgte, während die Übungen weit zurückstanden. Gewiß, man hatte auch damals schon Übungen an den Rechtsfakultäten. Vor allem gab es tiefer eingehende sogen. „Seminarübungen“ über allerlei einzelne Gegenstände, aber sie waren doch immer nur für kleinere Kreise berechnet und die große Menge der Studierenden ging achtlos an ihnen vorbei. Es wurden auch wohl, namentlich von jüngeren Dozenten, allgemeiner zugängliche Übungen gehalten, öfter exegetische, seltener ein Praktikum — vielfach waren das übrigens nur verhüllte Repetitorien —;



aber die Studierenden achteten sie nicht hoch, sie sahen sie nicht als notwendig, kaum als besonders nützlich an und besuchten sie wenig und ohne rechten Ernst. Die Hauptsache aber war: auch die Dozenten selbst legten auf diese Form des Unterrichts keinerlei Gewicht, ja mißachteten sie; die großen führenden Universitätslehrer hielten sich darum auch von ihnen fern. Als ein notwendiges Glied des Unterrichts waren sie nirgends begriffen und darum auch nicht in den Gesamtbetrieb des Studiums irgendwie eingeordnet, sie blieben ein zufälliges Beiwerk. Nur hier in Göttingen stand es anders: es waren zwei in ganz Deutschland berühmte Übungen, die hier alljährlich von Männern ersten Ranges gehalten wurden und Teilnehmer von fern und nah anzogen, das Zivilrechtspraktikum Rudolf Iherings, dessen Namen ich hier in tiefer Liebe und Bewunderung nenne, und das Zivilprozeßpraktikum Brieglebs und des älteren Hartmann. Aber es war eben nur Göttingen, das Übungen in solcher Weise darbot.

Das war der alte Zustand. Wie unerfreulich es auf seiten der Studenten aussah, wie wenig sie das ihnen auf der Universität zum Fachstudium Gebotene benutzten, davon werde ich nachher sprechen.

Große Wandlungen sind seitdem im Unterricht vor sich gegangen. Sie alle lassen sich, wie ich meine, auf eine einheitliche Wurzel zurückführen. Es war die Gründung des Deutschen Reiches, die, wie so unendlich viel anderes Gutes, auch diese Wandlungen im Gefolge gehabt oder ihnen doch, soweit sie schon früher begonnen hatten, zu Kraft und Sieg verholfen hat. In drei Hauptrichtungen zeigt sich eine Wandlung. Einmal: In der älteren Zeit hatten Lehre und Studium wie gesagt ganz überwiegend dem Privatrecht gegolten. Nun hatten wir aber durch den ehrwürdigen Kaiser Wilhelm und Bismarck ein politisches Vaterland bekommen, auf das wir stolz sein durften und stolz waren, und dadurch traten die politischen Probleme in neuer Weise stark in den Vordergrund. Dazu kam der ungeheure wirtschaftliche Aufschwung Deutschlands, er lenkte die allgemeine Aufmerksamkeit in erhöhter Weise auf die volkswirtschaftlichen Verhältnisse. Das wirkte aber sofort auch auf die Lehre und das Studium des öffentlichen Rechts und der Volkswirtschaftslehre an den Universitäten zurück. Ich habe durch die Jahrzehnte hindurch verfolgen können, wie sich die Neigung der Studenten immer mehr den Vorlesungen hierüber zuwandte und sich ebenso das Gewicht, das die Professoren auf sie legten, verstärkte. Der Siegeslauf gerade des Studiums der Nationalökonomie liegt ja heute vor aller Augen.

Das Zweite war die vollkommen veränderte geistige Einstellung Deutschlands, die seit 1870/71 unter der großen Lehrmeister-

schaft Bismarcks allmählich erfolgt ist. Der deutsche Geist wurde aus der luftigen Höhe, in der er gewelt hatte, mehr auf die Erde gezogen und zur Betrachtung und Wertung der Wirklichkeiten des Lebens hingeführt. Dies wirkte auch auf die Rechtswissenschaft entscheidend ein. Wenn einmal später aus größerer Entfernung die Entwicklung der neueren deutschen Rechtswissenschaft als Teil der gesamten einheitlichen Geistesgeschichte Deutschlands völlig überblickt werden kann, dann werden die Verdienste Rudolf Iherings in noch viel höherem Maße gewürdigt werden, als schon jetzt. Mag man sich zu den Ergebnissen seiner Einzelarbeiten stellen wie man will, eines wird überall anerkannt werden: er ist derjenige gewesen, der die große Wendung aus einer der Wirklichkeit abgewandten Begriffsjurisprudenz heraus zu einer realistischen Rechtsbetrachtung getan hat; ihm verdankt man es, wenn sich die Rechtswissenschaft wieder daran erinnert hat, daß ihr in erster Linie der praktische Beruf obliegt, das gegebene Recht in einer für die Wirklichkeit der Gegenwart passenden Weise auszugestalten. Diese Neueinstellung der wissenschaftlichen Arbeit auf die Wirklichkeit brachte aber zugleich auch eine neue Art des Universitätsunterrichts mit sich: den Unterricht in Form der Übung am Einzelfall in Praktikum und Exegetikum. Jene neue Wendung der Wissenschaft und diese Neugestaltung der Lehre stehen in tiefem inneren Zusammenhang miteinander, und auch hier ist es, wie ich schon vorher sagte, Ihering, der in erster Reihe zu nennen ist. Ich darf wohl wieder eine persönliche Erinnerung einflechten. Der erste Rat, den ich von Ihering empfang, als ich mich hier habilitiert hatte, war: „Halten Sie sofort Übungen“, und zwar riet er zum Pändekten-Exegetikum, das neben seinem Praktikum bisher fehlte. Ich habe das sofort getan und bald dann auch das Praktikum gehalten. Damit war ich auf die rechte Bahn gewiesen. Iherings Beispiel und der eigene Versuch ließen mich sofort begreifen, welche ungeheure Rolle der Übungsunterricht spielen konnte, wenn man ihn als notwendiges Glied in den Gesamtunterricht einfügte. Es wurde mir zur freudigen Lebensaufgabe, dies an allen Universitäten, an denen ich zu wirken hatte, durchzusetzen, und ich habe auch bis heute so gut wie ausnahmslos in jedem Jahr beide Übungen neben dem Seminar gehalten. Es kam dabei darauf an, dem Übungsunterricht die Gunst der Studenten zu gewinnen — das war sehr leicht — und ihm im Universitäts-Lehrplan förmlich und sachlich den gleichen Rang zu erkämpfen, den die Vorlesungen hatten — das war zuerst recht schwer, die Widerstände waren groß; begegnet man doch sogar heute noch bei Älteren der Vorstellung, daß Übungen zu halten eine minderwertige Beschäftigung sei und daß

man sein Lehramt voll ausfüllen könne, auch wenn man keine Übungen halte. Diese Anschauung mußte und muß überwunden, die Übungen mußten für alle Hauptfächer zu einer ständigen, planmäßigen Einrichtung gemacht werden. Und zwar mußten dabei — das schien und scheint mir besonders wichtig — diese Allgemeinübungen und das sog. Seminar scharf getrennt gehalten werden; auch hierüber herrscht noch immer nicht überall volle Klarheit. Die Aufgabe beider ist ganz verschieden. Das Seminar soll eine Pflanzstätte wissenschaftlicher Arbeit für ausgesuchte Studierende sein, jene Übungen hingegen sind ebenso wie die allgemeinen Vorlesungen für alle Studierenden bestimmt, sie bilden einen unentbehrlichen Teil des allgemeinen Unterrichts, nur in anderer Form als die Vorlesungen. Wie Seminar und Allgemeinübungen eine verschiedene Aufgabe haben, so auch eine verschiedene Lehrmethode. Erst ihre völlige Trennung ermöglicht es, jede dieser Unterrichtsart in ihrem eigentümlichen Wesen zu vollem Werte auszubilden. — Heute gelten die Übungen an allen Universitäten als unentbehrlich. Die deutschen Rechtslehrer haben ihre Technik nach allen Seiten hin in meist glänzender Weise entwickelt — und wohlverstanden, diese Verbesserung haben sie aus eigenem Willen und eigener Kraft geschaffen, nicht auf Anordnung von oben. Althoffs Genialität erkannte zwar rasch die Bedeutung der Übungen und förderte sie durch amtliche Maßnahmen, aber hervorgegangen ist die Bewegung aus den Fakultäten selbst, dessen dürfen wir uns rühmen.

Endlich kam dann um die Wende des Jahrhunderts entscheidend hinzu die Schaffung des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches. Damit war das römische Recht aus seiner Stellung als Alleinherrscher auf dem Gebiet des Privatrechts verdrängt. Das neue bürgerliche Recht trat in den Mittelpunkt des privatrechtlichen Unterrichts, und für das römische Recht blieben nur die vorbereitenden Vorlesungen des ersten Semesters (Institutionen und römische Rechtsgeschichte).

So stehen wir jetzt. Wir dürfen sagen: zwischen dem Lehrbetrieb von 1870 und dem von heute, oder besser — da sich die heutigen Zustände aus Gründen, die ich nachher noch angeben werde, nicht zur Vergleichung eignen — zwischen dem Lehrbetrieb, wie er 1870 und wie er 1914 vor dem Kriegsausbruch war, ist ein gewaltiger Unterschied. Wie verhält es sich nun mit der Teilnahme der Studenten? Hat sie entsprechend den geschilderten Verbesserungen der Lehreinrichtungen zugenommen? Leider muß man gestehen: nein, das ist nicht der Fall gewesen. Verehrte Kommilitonen, es nutzt nichts, ein Blatt vor den Mund zu nehmen. Sie



haben mich eingeladen, hier vor Ihnen über den Zustand des Rechtsunterrichts zu sprechen, und darum muß ich die Zustände schildern, wie ich sie gesehen habe, mit tiefer Liebe zur Jugend, aber mit noch tieferer Liebe zur Wahrheit. Ich habe das bereits im Jahre 1909 in einer eignen Schrift über „Die Vorbildung der Juristen“ \*) getan: es ist seitdem wohl etwas besser geworden, aber der größere Teil der damals erhobenen Klagen ist auch heute noch begründet. Noch immer herrscht die Ansicht, daß das Studium der Rechte mehr als jedes andere öde, trocken und überschwierig sei, eine Wüste, durch die man hindurch müsse, um in das gelobte Land des Referendariats zu gelangen. Noch immer kommen viele von denen, die überhaupt die Vorlesungen besuchen, nur ungern und sitzen dann gelangweilt und ohne inneren Gewinn da; ein anderer Teil der Studierenden aber besucht die Vorlesungen gar nicht oder ganz unregelmäßig und die Übungen nur so weit, daß der meist leicht zu erhaltende „Schein“ erlangt wird: sie haben nicht selten diese Sitte von ihren Vätern ererbt, um sie zu besitzen; vielfach meinen sie auch, mit solcher Versäumnis keinerlei Pflicht zu verletzen, denn sie hören von allen möglichen Seiten her sagen, das „Ins-Kolleg-gehen“ sei für die juristische Vorbildung entbehrlich, man lerne da doch nicht, was man brauche. Dazu kommt die Vorstellung, es bedürfe der drei Jahre Studienzeit nicht, um das zu lernen, was man für die Prüfung notwendig habe, dazu sei bei wirklichem Fleiß nur ein Jahr, längstens seien drei Semester nötig; man brauche also zuerst gar nichts zu tun. Tatsächlich kommt es ja auch oft genug vor, daß einer nach nur einjähriger Vorbereitung die Prüfung glatt, ja sogar mit Belobigung besteht — warum also ins Kolleg gehen? Wenn wir zuverlässige Statistiken (einige existieren) über den wirklichen Besuch der Vorlesungen im Vergleich zur Zahl der eingeschriebenen Teilnehmer veröffentlichten, es würden fürchterliche Dinge herauskommen! Verehrte Kommilitonen, man redet von diesen Zuständen vielfach mit einer gewissen duldsamen Heiterkeit; aber für den Hochschullehrer, der mit allen Kräften sich seiner Lebensaufgabe widmet und mit aller Stärke seiner Liebe um das Interesse der Hörerschaft wirbt, sind solche Erfahrungen bitter, bis zur Verzweiflung bitter. Darauf käme es nun schließlich nicht an. Wichtiger ist aber der Schade für die Studierenden selbst. Zahllose gehen von der Universität fort, ohne von ihren Bildungsschätzen wirklich genossen zu haben, aber was man von der Minute ausgeschlagen, bringt keine Ewigkeit zurück. Nie wieder wird ihnen eine derartige Möglichkeit gewährt, ohne äußere Pflichten lediglich

---

\*) Leipzig, Duncker & Humblot.



ihrer eigenen Ausbildung zu leben. Wie unendlich viele schon haben nachher das traurige Wort ausgesprochen: ach, hätte ich doch!

Und nun hat sich in den letzten Jahrzehnten an allen Universitäten, vielleicht mit Ausnahme einiger süddeutscher, eine seltsame Ersatz-Wirtschaft entwickelt oder weiter verstärkt — ihre Anfänge reichen weit zurück —, das ist das Repetitorenwesen. Ich werde später bei den Vorschlägen, die ich machen will, noch genauer davon sprechen, hier nur so viel: Die Repetitorien sind immer stärker in einen Wettbewerb mit dem Universitätsunterricht getreten, ja, sie haben sich sogar hier und da geradezu zu Nebenuniversitäten neben den legitimen Hochschulen ausgewachsen. Sie verfolgen nicht mehr den Zweck, eine Wiederholung des auf der Universität Gelernten zu geben, sondern treten an die Stelle des Universitätsunterrichts. Dies ist also das eigentümliche Bild: Auf der einen Seite stehen die vorzüglichen Leheinrichtungen der Fakultäten, hochgeachtet, aber schlecht benutzt, auf der anderen Seite die Repetitorien, weniger geachtet, aber fleißigst benutzt. Man fühlt sich fast versucht, das bekannte Dichterwort umändernd zu verwenden und zu wünschen, wir möchten weniger geachtet und fleißiger gehört sein. In der Tat gibt es keine Farbe, die schwarz genug wäre, alle diese Zustände zu malen. Es mag an den einzelnen Universitäten und bei den einzelnen Lehrern große Unterschiede geben, aber Grund zur Klage wird jeder einzelne haben, und alles das ist auch weit über die Kreise der Juristen hinaus bekannt und anerkannt. Bei solcher Sachlage muß man sich doch ernsthaft die Frage vorlegen, warum wir überhaupt noch juristische Fakultäten besitzen. Der Staat unterhält sie mit großen Geldopfern, ist das wirklich nötig? Es bleibt hier nur ein Entweder — Oder. Wenn die Vorbereitung durch eigne Arbeit oder Unterricht bei dem Repetitor für die Vorbildung des jungen Juristen ausreicht, und wenn sogar nur ein Jahr dafür nötig ist, dann sind die großen und kostspieligen staatlichen Einrichtungen für das juristische Studium überflüssig und man muß den Mut haben, die Fakultäten aufzuheben. Wenn man aber den Universitätsunterricht — wie ich es tue und wie jeder Kenner der Verhältnisse es tun wird — für unentbehrlich hält, dann muß man anerkennen, daß bei der Vorbildung der Juristen schwere Mißstände vorliegen, und muß versuchen, sie zu ändern. Dazu aber ist es zuerst nötig, den Grund der vorhandenen Mißstände zu erkennen. Es ist unrichtig, die Schuld auf die Universitätslehrer zu schieben, sie geben sich, wie ich schon sagte, meist die größte Mühe, das für die Studenten Passende zu bieten. Es ist ebenso unrichtig, den Studenten die Schuld zu geben, denn die, welche die Universität nicht richtig benutzen, waren zumeist fleißige, pflicht-

treue Schüler und werden nachher fleißige, pflichttreue Beamte: wie kommt es, daß sie gerade auf der Universität ihre Pflicht versäumen? Vielmehr können wir nur den Schluß ziehen: es muß etwas in der Studien-Einrichtung objektiv unrichtig sein, und dies gilt es aufzusuchen. Hier haben wir die Frage, um die sich alles dreht.

Die Kritik an diesen Mißständen hat nie aufgehört, immer wieder entzündete sich an ihnen das Feuer der Reformgedanken; ein geradezu unübersehbares Schrifttum darüber ist herangewachsen. Vor elf Jahren brach wieder einmal der Streit über die notwendige Besserung in hell lodernde Flammen aus, und wieder sanken die Flammen in sich zusammen, ohne daß etwas Entscheidendes geschah. Jetzt endlich scheint nun wirklich die Aussicht, daß eine Reform zustande kommt, größer zu sein: die Studierenden selbst haben die Angelegenheit in die Hand genommen und werden sie, so denke ich, nicht wieder loslassen. Sie sind es ja doch, die in erster Linie bei alledem beteiligt sind, und darum haben sie ihre Wünsche und Beschwerden laut werden lassen. Diese Stimmen können nicht mehr überhört werden, allzu nachdrücklich klingen sie; allzu viele Studierende haben sich jetzt auch schon genauer mit den Reformfragen beschäftigt und werden das Interesse daran dann in die Praxis mit hinübernehmen. Man darf also hoffen, daß die Bewegung unter den Studierenden nicht wieder einschlafen und daß sie von dort aus auch in den anderen, den maßgebenden Kreisen immer wieder aufgerüttelt werden wird. Ich gestehe es offen: es war unser, der Universitätslehrer, größter Fehler, daß wir nicht längst auch in diesen Reformfragen eine Arbeitsgemeinschaft mit den Studierenden hergestellt haben, wir hörten wohl unterirdische Ströme rauschen, aber wir lernten sie nicht genügend kennen. Darum gerade bin ich besonders dankbar, daß Sie mich zu diesen Ihren Verhandlungen eingeladen haben. Wir müssen zusammen arbeiten, um den richtigen Weg für die Besserung zu finden und dann auch durchzusetzen, daß er endlich beschritten wird.

Freilich dürfen wir uns nicht verhehlen, daß gerade der heutige Zeitpunkt für eine Reform besondere Schwierigkeiten bietet. Wir haben einen großen politischen Umsturz in Deutschland erlebt, nein, richtiger, wir erleben ihn immer noch, und wie gewöhnlich zieht das politische Erdbeben eine Erschütterung auf allen Gebieten, auch solchen, die der Politik ganz ferne liegen, mit sich. Unreife und dilettantische Neuerungsversuche erdulden wir in allerlei Bereichen, und wenn nun wirklich einmal irgendwo eine Reform nötig ist, so kommt sie leicht in den Verdacht, ebenfalls aus jenem allgemeinen Unordnungsbedürfnis entsprungen zu sein, und findet Widerstand

und Abneigung: gebt doch endlich einmal Ruhe und laßt uns aufatmen! Auch gegenüber den Bestrebungen zur Besserung der juristischen Vorbildung ist solche Stimmung laut geworden und erschwert sie erheblich. Ich selbst bin gerade jetzt grundsätzlich gegen alles Reformieren, wenn es ohne größeren Schaden vermeidbar ist. Aber eben dies trifft für unseren Fall nicht zu. Es sind Kräfte am Werke, die den Nichtstudierten die Gleichberechtigung mit den Juristen in den bisher von Juristen besetzten Stellungen erkämpfen wollen. Dagegen müssen wir uns wehren, und zwar dadurch, daß wir an der Vorbildung der Juristen bessern, was wir irgend bessern können. Es gilt ja auch keinen Umsturz, sondern nur die folgerichtige Weiterentwicklung einer geschichtlichen Linie.

Auch insofern ist der Zeitpunkt bedenklich, als die augenblicklichen Zustände nicht völlig der Regel und dem Durchschnitt entsprechen; sie weichen günstig und ungünstig von ihnen ab. Ungünstig: infolge des Krieges und der durch ihn hervorgebrachten Stauung der Studenten an den Universitäten haben sich Verhältnisse herausgebildet, die von allen bisherigen verschieden sind und, wie man mit Sicherheit sagen kann, nach wenigen Semestern wieder verschwinden werden. Auf der einen Seite steht der leicht erklärliche Wunsch, möglichst rasch mit dem Studium fertig zu werden, um die, wenigstens im äußerlichen Sinne, verlorene Zeit wieder einzuholen, und man hört oft sagen: möge das Streben nach wissenschaftlicher Vertiefung an sich noch so berechtigt sein, es müsse jetzt vor der Not der Zeit zurücktreten. Diesem Drängen hat man leider aus Mitleid nachgegeben, und Studium und Lehre sind verkürzt und veräußerlicht worden — ich will nicht verschweigen, daß ich meine: zum Unheil der Kriegsteilnehmer selbst, die schlecht vorbereitet in die Praxis kommen, während diejenigen, die in Ruhe ihr Studium betrieben haben, nachher um so rascher vorwärts kommen werden —. Das Bild des heutigen Rechtsunterrichts ist infolgedessen erheblich ungünstiger, als es unter den gewöhnlichen Verhältnissen war und nach dem Verebben der jetzigen Welle wieder sein wird. Aber es ist auch erheblich günstiger: wir finden in der heute studierenden Jugend eine Reife, ein Zielbewußtsein, eine Arbeitswilligkeit, so wundervoll, wie ich das in den langen Jahren meiner Lehrtätigkeit nie erlebt habe, wenigstens trifft dies auf die Kriegsteilnehmer zu, während nach meinem Eindruck der jüngere, am Krieg noch nicht beteiligt gewesene Teil der Studentenschaft in seinen wesentlichen Auffassungen, in seiner Einstellung zu den gesamten Fragen des studentischen Lebens nicht oder nur wenig verschieden ist von unseren Studenten vor dem Krieg. Wir haben also auch nach dieser Richtung hin in den letzten Semestern Zu-

stände gehabt, die sich sehr bald wieder ändern werden. Will man aber über eine Reform Beschlüsse fassen, so darf man nicht von Ausnahmeverhältnissen, sondern muß von dem ausgehen, was den regelmäßigen Zustand bildet, sonst kommt man nur allzu leicht zu unrichtigen Ergebnissen. Das bedeutet für unsere Frage: wir müssen die Verhältnisse zugrunde legen, wie sie etwa 1914 vor dem Kriege bestanden.

\*

Wenn ich nun aufgefordert bin, hier meine Gedanken über die notwendige Reform darzulegen, so kann es nicht meine Aufgabe sein, die kleinen technischen Dinge, um die im einzelnen Streit ist, aufzuzählen und hinsichtlich ihrer Stellung zu nehmen. Solche Einzelbesserungsvorschläge behalten leicht etwas Zufälliges. Es scheint mir vielmehr ersprißlicher, die Erörterung von möglichst hohem Gesichtspunkte aus zu führen. Man muß, um zu einer in sich folgerichtigen Beantwortung der Einzelfragen zu kommen, auf die Grundfrage zurückgehen, welchen Zweck denn überhaupt die Universität für die Juristen, die Justizjuristen wie die Verwaltungsjuristen, verfolgen soll.

Einig sind wir alle nun darin: unser Ziel ist es, die jungen Männer so heranzubilden; daß sie für die Ausübung ihres künftigen Berufes als Juristen am tauglichsten sind. Das bedeutet natürlich nicht, daß wir uns auf die fachliche Vorbildung beschränken wollen, im Gegenteil, es kann gar nicht genug betont werden, wie wichtig gerade für den Juristen die Allg. meinbildung ist. Sie ist es aus drei Gründen. Einmal kommt sie seiner Fachbildung zugute, denn er kann es als Jurist mit allen möglichen Lebenstatbeständen zu tun bekommen, und für sie alle muß er ein Verständnis, genauer: ein Verstehenkönnen mitbringen. Sodann ist er gerade wie der Geistliche und der Arzt vielfach in seinem kleinen Kreise (man denke nur an die Amtsrichter und Notare an kleinen Orten) einer der wenigen Vertreter des Geistigen; nach ihm wird der Wert der Bildung überhaupt beurteilt, er muß darum ein Mittelpunkt und Mittler der geistigen Bestrebungen zu sein verstehen. Endlich muß ihm für sein späteres Berufsleben, das vielleicht auch längere öde Strecken aufweisen wird, ein Schatz von Bildung mitgegeben werden, durch den er sich auch auf solchen Strecken Spannkraft und Freudigkeit erhalten kann: er soll sich den Alltag durch Freuden geistiger Art vergolden können. Leider wird auf die Allgemein-



bildung lange nicht genug Gewicht gelegt. Ich bin kein Lobredner der vergangenen Zeit, aber ich muß doch sagen: als ich studierte, war es geradezu eine Sache der Anständigkeit, daß ein jeder von uns, selbst wenn er die Fachkollegien wenig besuchte, doch mindestens ein Semester lang eine große philosophische und ebenso eine geschichtliche Vorlesung hörte. Mit dem wachsenden Stoff des Rechtsunterrichts ist das, wie ich höre, sehr anders geworden. Das kann man nicht genug bedauern. Jeder Jurist sollte versuchen, lebendige geistige Quellen in sich zu eröffnen, damit er sich nachher nicht mit dem abgestandenen Wasser des Tagesgeredes zu begnügen braucht.

Neben dieser Allgemeinbildung soll sich der Jurist eine Berufsvorbildung aneignen. Was hierzu nötig ist, das kann man nur beurteilen, wenn man sich vor Augen hält, was der Jurist in seinem späteren Beruf zu leisten hat. Nur aus der Erkenntnis des Zwecks heraus kann das zu wählende Mittel bestimmt werden. Mit ein paar Worten muß ich hierauf eingehen.

Der Jurist soll als sozialer Sachverständiger die im Leben wirklich vorkommenden Fälle nach dem Recht entscheiden und in weitem Maße auch die Verhältnisse innerhalb des gefundenen Rechts praktisch gestalten; diese Formel trifft in jedem ihrer beiden Teile sowohl die Tätigkeit des reinen Juristen wie die des Verwaltungsbeamten; die Vorstellung, daß die Tätigkeit des reinen Juristen bloß ein logisches Rechnen sei, ist heute doch wohl überall aufgegeben. Damit ergibt sich notwendig eine zweifache Anforderung an den Juristen: einmal muß er die Tatsachen kennen, mit denen er es zu tun hat, oder vielmehr, da es unmöglich ist, alles zu kennen, er muß imstande sein, die Zusammenhänge des Wirklichen zu sehen und sich in die tatsächlichen Verhältnisse, die er zu behandeln hat, wenn nötig, mit Hilfe von Sachverständigen, hineinzufinden. Insbesondere muß er eine genügende volkswirtschaftliche Bildung besitzen, womit allerdings nicht etwa eine Anhäufung des Wissens von wirtschaftlichen Tatsachen gemeint ist, sondern die Fähigkeit, wirtschaftliche Tatsachen und Zusammenhänge einigermaßen zu verstehen, kurz, die Fähigkeit wirtschaftlichen Denkens.

Er muß sodann das Recht kennen, das er bei der Behandlung dieser Fälle anzuwenden hat. Wiederum heißt Rechtskenntnis nicht, daß er gedächtnismäßig alles bestehende Recht kennen müßte — wer wäre denn dazu imstande? und wie unnötig wäre es! gibt es ja doch Bücher genug, in denen man die Rechtssätze lesen kann. Es genügt vielmehr, wenn er das gesamte Rechtssystem derart überblickt und den Zusammenhang der einzelnen Rechtseinrichtun-

gen derart versteht, daß er sich überall zurechtzufinden weiß, und wenn er ferner die Fähigkeit besitzt, den einzelnen Rechtssatz, mit dem er es hiernach zu tun hat, zu begreifen und zu seinem vollen Inhalt zu entwickeln; darin gerade besteht das eigentümliche Wesen der dogmatischen Rechtswissenschaft: das — notwendig — immer unfertige Recht muß seinem Geist und Zweck nach ausgestaltet werden. Das ist eine hohe und feine Kunst, sie setzt gleichermaßen Schärfe der Logik wie bewegliches Taktgefühl voraus.

Ich fasse zusammen: was der Jurist durch das theoretische Studium erwerben soll, ist nicht sowohl ein gedächtnismäßiger Besitz, als vielmehr in erster Linie eine bestimmte geistige Schulung — wie ein englischer Jurist einmal gesagt hat: „not information but formation of mind“; eine Schulung, welche ihn befähigt, die Wirklichkeit richtig zu sehen, und eine Schulung des eigentümlichen rechtlichen Denkens. Zugleich muß er aber auch eine Übersicht über die Zusammenhänge und die Gliederung des ganzen ungeheuren Stoffes von Recht und Wirklichkeit besitzen. Der vollendete Jurist braucht wenig zu wissen, aber er muß von allem wissen, er braucht nicht alles zu kennen, aber er muß alles können.

Dies ist das Ziel — welche Wege führen dahin? Ich sehe davon ab, daß der Jurist mit offenen Augen durch die Wirklichkeit gehen und das Leben beobachten soll, und spreche nur von den Vorbereitungsmitteln im engeren Sinne. Als solche bleiben hier wie überall nur zwei übrig: theoretische Arbeit und praktische Betätigung. Beide ergänzen sich gegenseitig. Die Praxis gibt immer nur das Einzelne, was sich nie genau so wiederholt: jedes Einzelne ist auch ein Einziges; darum würde die bloße Praxis immer vereinzelt und zufällig bleiben. Andererseits gibt die Theorie an sich nur leere Hülsen, ihre Allgemeinheiten würden ohne die praktische Erfahrung grau und schattenhaft bleiben. Wir brauchen also durchaus beide Arten der Vorbereitung.

Für die praktische Vorbereitung muß der Staat seine Behörden zur Verfügung stellen. Notwendig muß hier dezentralisiert werden: sie kann bei jedem Gericht, mit besonderem Vorteil auch bei einem Anwalt und noch an manchen sonstigen Stellen geschehen. Umgekehrt ist es mit der theoretischen Vorbereitung. Denkbar wäre freilich, sie dem Einzelnen selbst zu überlassen, ihn sofort in die Praxis zu schicken und es ihm anheimzustellen, wie er durch Selbststudium und Anleitung der älteren Praktiker sich auch theoretische Bildung verschaffen mag. Aber dieses System, das in einigen Ländern früher geherrscht hat, ist heute in der Hauptsache verlassen, und mit Recht. Die Aufgaben des theoretischen Studiums sind zu verwickelt dafür.

Der Weg vom Fall zum Allgemeinen ist allzu lang und zu schwierig zu finden — nur zu oft wird sich, wer nur an Fällen lernen will, in unrichtige Verallgemeinerungen verirren —; ebenso schwierig ist vielfach der Weg vom allgemeinen Satz zum Einzelfall zu finden. Das ist zugleich der Reiz und die Erschwernis des Rechtsstudiums, daß die leitenden Rechtssätze in so außerordentlicher Abstraktionshöhe über dem wirklichen bunten, saftigen, faßbaren Leben stehen. Hier bedarf es des Lehrers, der Lehrkunst besitzt und eine volle Übersicht hat: er soll den Weg vom Fall zum allgemeinen Rechtssatz, vom Rechtssatz zu den Fällen zeigen. Daraus folgt: Der Staat, der in erster Linie an der Heranbildung guter Juristen interessiert ist, muß eigne Unterrichtsanstalten für das Rechtstudium schaffen, wie das in allen Kulturstaaten erprobt ist. Das sind die Universitäten. Nur sie können auch die Allgemeinbildung vermitteln, von der ich vorhin sprach.

Wenn hiernach die praktische Vorbereitung bei allen Behörden gewonnen, das Studium aber nur an den wenigen Universitäten, die der Staat besitzt, betrieben werden kann, so ergibt sich die Notwendigkeit einer auch zeitlichen Trennung beider Vorbereitungsarten. Damit haben wir die erste und wichtigste Vorbildungsfrage: sie betrifft das zeitliche Verhältnis zwischen dem theoretischen Studium und dem praktischen Vorbereitungsdienst. Sodann fragt sich weiter: wie ist jeder Teil dieser Ausbildung für sich einzurichten? Über die Gestaltung des praktischen Vorbereitungsdienstes unterlasse ich indes zu sprechen, obwohl hier sehr viel zu sagen wäre: es ist nicht meine Aufgabe, auch bin ich insoweit nicht voll sachverständig. Es bleibt also als zweite Frage nur die, wie das theoretische Studium für sich genommen zu gestalten ist.

Bei allen den folgenden Erörterungen bitte ich immer im Sinn zu behalten: jeder Vorschlag, der hier gemacht wird, ist nur für den Durchschnitt berechnet. Der geniale Mensch geht stets seine eigenen Wege; für ihn ist keine Regel geschaffen, für ihn paßt kein Muster. Darum ist es sehr unrichtig, wenn einige hervorragende Juristen die Erfahrungen, die sie mit ihrer eignen Vorbereitung gemacht haben, verallgemeinern wollen. Die Einrichtungen, die der Staat schaffen soll, müssen für den Durchschnitt der vielen Tausende von Juristen, die er braucht, passend sein. Übrigens glaube ich, es wird immer klug sein, wenn sich der einzelne möglichst nicht für ein Genie hält, sondern sich bescheiden in Reih' und Glied einfügt. Die Furcht, daß der genialen Begabung dadurch die Schwungkraft gelähmt werde, ist gewiß unbegründet.



Die erste Frage, die gestellt war, ist die nach dem zeitlichen Verhältnis des Universitätsstudiums zum praktischen Vorbereitungsdienst. Sie ist meines Erachtens das Hauptproblem. Als Krebschaden der heutigen Gesamtvorbildung sehe ich immer noch den Umstand an, daß das Universitätsstudium in seinem ganzen Umfange der Praxis vorgelagert ist. Der vorgetragene Gegenstand bleibt zum größten Teil den Hörern unlebendig, weil die Anschauung fehlt. Dies treibt die jungen Studenten aus dem Kolleg heraus — wie oft kann man das von ihnen hören! —, und die älteren nötigt es zu nutz- und sinnloser geistiger Anstrengung, die man ihnen leicht ersparen könnte. Wie viel edle deutsche Jugendkraft wird hier verschwendet! Oder wie will man es rechtfertigen, daß man den Studenten zum genauen Studium der Prozeßrechte zwingt, bevor er den Prozeß irgendwie praktisch kennt? Ist das nicht, als wollte man jemand auf dem trockenen Lande durch theoretische Vorträge schwimmen lehren? In einem kleinen Bruchteil der Zeit ließe sich dieser Lernstoff vor und von dem, der bereits die Praxis kennen gelernt hat, bewältigen! Und wie viel tiefer könnte er dann behandelt werden! Und bei dem Studium des Verwaltungsrechts mit all seinen vielen Einzelheiten steht es nicht anders.

Man hat das Übel auch wohl erkannt und versucht jetzt, mit kleinen Mitteln zu helfen: es soll dem Studenten schon während der Universitätszeit die Möglichkeit gegeben werden, Kenntnis von der Praxis zu erhalten. Aber das ist viel zu vereinzelt und zufällig; es hängt vom Belieben des Hörers ab und fügt sich nicht planmäßig in die Vorbereitung ein, darum hilft es wenig.

Andere haben die Vorpraxis empfohlen: vor der Universitätszeit soll ein Jahr praktischen Dienstes abgeleistet werden. Das wäre ganz gut, aber nicht gut genug. Um in einem vielfältigen Wirklichen das Wichtige zu beobachten, muß man bereits wissen, wohin man seine Beobachtung richten soll. Das ist eine alte, sich immer wiederholende Erfahrung: man sieht nur, was man schon kennt. Ich fürchte darum, daß dieses Jahr Vorpraxis ziemlich fruchtlos bleiben würde.

Ist dies aber richtig, darf die Praxis dem Studium nicht vorangehen und auch nicht erst ganz und gar nachfolgen, so bleibt nur eine einzige Möglichkeit übrig: ein doppeltes, durch praktischen Dienst unterbrochenes Studium, das System also des sogenannten Nachstudiums oder der Zwischenpraxis. Hier in der Tat liegt nach meiner festen Überzeugung das Heil der Zukunft. Selbstverständlich darf hierbei die Gesamtzeit bis zur Schlußprüfung (Assessorexamen) nicht verlängert werden; wie im übrigen dieser



Zeitraum auf das Studium, die Praxis, das zweite Studium und die zweite Praxis verteilt wird, ist eine Ausführungsfrage, über die man im einzelnen noch streiten mag: hier kommt es allein auf den Grundgedanken an. Da ich den Plan nicht als überall im einzelnen bekannt voraussetzen kann, muß ich mit einigen Worten entwickeln, wie ich mir die Sache ungefähr denke.

Zunächst kommt der junge Jurist auf die Universität; hier hat er zwar, wie heute, das gesamte Recht, nicht etwa nur einzelne Teile, kennen zu lernen, aber das Studium soll, da er die Praxis noch nicht kennt, nur ein „Elementarstudium“ sein, lediglich mit dem Zweck, ihn zu befähigen, daß er mit Vorteil den praktischen Vorbereitungsdienst mitmachen kann. Im einzelnen: die privatrechtlichen Fächer mit Einschluß der handelsrechtlichen und das Strafrecht, ferner das Staatsrecht mit der Behörden- und Gerichtsverfassung und die allgemeine Staatslehre sind eingehend wie heute in Vorlesungen und Übungen zu lehren, wobei nur hinsichtlich des Geschichtlichen und in einigen Sondergegenständen (wie z. B. dem Versicherungsrecht) eine gewisse Entlastung im Vergleich zur heutigen Handhabung eintreten sollte. Hingegen im Prozeßrecht, Kirchenrecht und Verwaltungsrecht, auch wohl im Völkerrecht, wäre nur die Kenntnis der allgemeinen Grundzüge, nicht von Einzelheiten, zu erfordern. Auch die beiden Hauptvorlesungen über Volkswirtschaftslehre müßte der Studierende bereits in dieser Zeit hören. Ich halte es für unzweifelhaft, daß ein derartiges Elementarstudium den jungen Juristen völlig in den Stand setzen würde, mit Vorteil in den praktischen Vorbereitungsdienst eingestellt zu werden. Die Anforderungen, die, wie man mir einst erzählt hat, bei der früheren preussischen Auskultatorprüfung gestellt wurden, waren nicht größer als die, welche nach meinem Vorschlag bei der künftigen ersten Prüfung, mit der das Elementarstudium abgeschlossen werden soll, gestellt werden würden.

Andererseits würde die Erleichterung des wissenschaftlichen Gepäcks, das der junge Student zu tragen hätte, eine ganz erhebliche Abkürzung dieser ersten Studienzeit erlauben, eine Abkürzung auf  $1\frac{1}{2}$  oder jedenfalls auf 2 Jahre. Man bedenke nur, wie viele heute die erste Prüfung bestehen, die nachweislich nicht mehr als 1 Jahr tatsächlich studiert haben. Wenn die 2 Jahre nur wirklich benutzt werden, genügen sie vollständig. Diese Abkürzung würde aber von größtem Wert sein. Sie würde einmal Zeit für das zweite Studium frei machen, sodann würde sie das beseitigen, worin ich — neben dem völligen Mangel an praktischer Anschauung — den Hauptgrund der heutigen Studienmißstände sehe: daß nämlich

der junge Jurist erst am Ende seiner gesamten Studienzeit Rechenschaft über das Gelernte abzulegen hat, während er doch von vornherein glaubt, einen Teil der Studienzeit zum Studium nicht nötig zu haben. Gegen eine Zwischenprüfung spricht manches, gegen eine Abkürzung des ersten Studiums mit Abschlußprüfung meines Erachtens nichts. Der heutige Unfleiß wird dann unmöglich sein. Dazu ist die Studienzeit zu kurz. Wer sich auf der Universität eine Zeitlang bloß unterhalten will, muß dann eben zum Studieren eine entsprechende Zeit zusetzen. Endlich ermöglicht diese Abkürzung noch die Lösung einer anderen Frage. Für die künftigen Verwaltungsbeamten und praktischen Volkswirte bedarf es unbedingt einer juristischen Vorbildung, aber sie brauchen nicht alles das, was heute in der Referendarprüfung erfordert wird: das abgekürzte Elementarstudium würde auch für sie passend sein, und wir hätten den großen Vorteil des gemeinsamen Unterbaus für alle drei Berufe, so daß sich der Anfänger noch nicht sogleich zu entscheiden brauchte, welchen von ihnen er später einmal ergreifen will.

Dann folgt der größere Teil des Vorbereitungsdienstes; nach seiner Ableistung muß der Jurist, wenn er die höhere Laufbahn einschlagen will, auf die Universität zu vertieftem Studium zurückkehren, nach dessen Beendigung er vielleicht noch einmal einen kurzen praktischen Vorbereitungsdienst durchzumachen hätte, um dann zur zweiten Staatsprüfung zugelassen zu werden. Bei dem zweiten Universitätsbesuch würde der Studierende seine Studien gemäß der Laufbahn, die er später einschlagen will, und gemäß seinen persönlichen Neigungen besondern; namentlich würden jetzt die künftigen Justizjuristen, Verwaltungsjuristen und praktischen Volkswirte auseinanderführende Wege wandern. Eingehende Vorlesungen über die Hauptlehrgegenstände (jetzt auch über Prozeßrecht und Verwaltungsrecht!) müßten hier in wirklich wissenschaftlicher Vertiefung dargeboten werden; auch die vielen kleineren, heute auf den Universitäten vernachlässigten Lehrgegenstände würden jetzt zu ihrem Recht kommen können, z. B. Strafspsychologie, Zwischenprivatrecht, Rechtsvergleichung, Kommunalrecht, Steuerrecht usw. Da die Zurückkehrenden die Praxis kannten, würde in sehr viel kürzerer Zeit sehr viel mehr geleistet werden können. Hungrig geworden auf theoretische Kenntnisse würden sie sich dem Studium ganz anders hingeben, als der junge, von der Schule kommende Mann, sie wären reif genug, um zu wissen, was Studium bedeutet, und würden durch ihr Beispiel auf den Fleiß der jüngeren vorteilhaft einwirken können. Den Fakultäten wäre eine Aufgabe gestellt herrlich wie nie zuvor. Eine neue Blüte des Lernens und des

Lehrens würde damit heraufgeführt werden. Ja gewiß, dieser Plan stört viele alte Gewohnheiten und ererbte Anschauungen, das Gesetz der Trägheit wirkt ihm stark entgegen. Der Widerstand war auch zuerst, als der Plan entwickelt wurde, ganz allgemein — und heute? In den Beschlüssen der Halleschen Fakultätenkonferenz vom 11./12. April 1920 ist zwar unter Nr. 10 „eine vor dem Referendar-examen eingeschobene Zwischenpraxis“ abgelehnt — eine solche habe ich auch nie empfohlen, da nach meinem Vorschlag ja das Elementarstudium mit der Referendarprüfung abgeschlossen werden soll —, zugleich wird aber unter Nr. 11 „den Justizverwaltungen dringend empfohlen, den Referendaren auf ihren Wunsch während der Zeit ihres Vorbereitungsdienstes unter Anrechnung auf diesen einen zweiten Universitätsbesuch zu ermöglichen“. Das kommt, wie man sieht, meinem Vorschlag sehr nahe. Ebenso sind die studentischen „Leitsätze“ zur Reform (Nr. 8, S. 11 ff.) auf dem gleichen Wege: sie empfehlen eine obligatorische „Vor- oder Nachpraxis“ und ein „Nachstudium“. Also der Gedanke hat bereits erheblich Boden gewonnen. Fände sich doch der Minister, der ihm großzügig zum Leben verhülfe! Es würde schon genügen, wenn die vorgeschlagene Einrichtung zunächst nur einmal wahlweise eingeführt würde. Der junge Jurist könnte dann den einen oder den anderen Weg gehen: wie heute Vollstudium, Vollprüfung, ganze praktische Vorbereitung, Schlußprüfung, oder abgekürztes Studium, leichtere Prüfung, praktische Vorbereitung, Nachstudium (Schlußpraxis), Schlußprüfung. Man würde ja dann sehen, auf welchem Wege die besseren Erfolge erzielt werden. Ich bin keinen Augenblick über das Ergebnis solcher Probe im Zweifel.

Man hat eingewendet, es würde Schwierigkeiten ergeben, wenn die jungen, eben von der Schule gekommenen Studenten und die älteren Referendare zusammen auf der Universität studierten. Die Gegenwart hat diese Bedenken widerlegt. Wir haben jetzt in den Fakultäten junge, eben von der Schule gekommene Anfänger und reife Männer, die einen mehr als vierjährigen Kriegsdienst hinter sich haben, und nirgends haben sich Schwierigkeiten ergeben. Andere haben gemeint, das Nachstudium könne bequem durch die Kurse ersetzt werden, die bei den Landgerichten für die Referendare veranstaltet werden. Mit Verlaub zu sagen, das ist eine arge Unterschätzung des Lehrberufs und der Schwierigkeit seiner Aufgaben. Selbst auf den Universitäten ist die Zahl derer, die die großen Übungen wirklich gut leiten können, nicht übergroß; und nun gar erst in der Praxis! Und es kommt ja auch gar nicht nur auf Übungen an, sondern auf wissenschaftliche Vertiefung überhaupt, die nicht

ohne Arbeit systematischer Art erzielbar ist. Ebenso wenig können die Fortbildungskurse, die hier und da für ältere Juristen eingerichtet worden sind, in Berlin, Köln usw., irgendeinen Ersatz bieten. Sie wollen Fortbildung geben, setzen also schon die abgeschlossene Bildung voraus und wollen die Teilnehmer nur mit der wissenschaftlichen Errungenschaft der letzten Jahre bekannt machen. Auch sind sie viel zu vereinzelt, als daß sie als allgemeines Heilmittel gelten dürften. Nein, nur das zweite Universitätsstudium für die in der Praxis Gewesenen wird wirklich die Bildung schaffen, die wir erzielen müssen.

Damit sind wir schon bei der anderen großen Frage, der nach der Einrichtung des Studiums. Was und wie soll gelehrt und studiert werden? Drei Hauptpunkte sind hier zu besprechen: der Gegenstand des Studiums, die Reihenfolge seiner einzelnen Teile und die Technik des Unterrichts.

Die Frage nach dem Gegenstand des Studiums bedeutet, welches Mindestmaß an Bildung und Kenntnissen der Staat bei der Prüfung von den jungen Juristen verlangen soll — denn darüber kann kein Zweifel sein: die Studierenden werden durchschnittlich, gemäß dem Grundsatz vom geringsten Widerstand, ihre Studien nach den Prüfungen einrichten; auch wenn ihnen auf der Universität noch so viel geboten wird, werden sie doch in der Hauptsache nur das nehmen, was sie zu der Prüfung brauchen —. An die Spitze ist nun der Grundsatz zu stellen: wir dürfen nichts Überflüssiges fordern. Das klingt sehr nüchtern, ist aber unangreifbar richtig. Die Arbeitskraft der uns anvertrauten jungen Männer ist ein kostbares Gut: wir dürfen es nicht verschwenden. Unser Ziel ist, sie zu praktischen Juristen heranzubilden, nicht aber zu Gelehrten. Man muß nur die verschiedenen Aufgaben der Universitäten auseinanderhalten: es handelt sich hier lediglich um die Berufsvorbildung — weil der Staat diese erzielen muß, sind ja die Universitäten Staatsanstalten geworden; daß sie darüber hinaus auch Forschungsstätten sein und künftige Forscher heranbilden sollen, ist eine sehr vornehme und für den Universitätsgelehrten selbst vielleicht die dankbarste und liebste Aufgabe; aber mit der Aufgabe der Berufsvorbildung an sich hat sie nichts zu tun. Jedes Recht, auch das des fernsten und fremdesten Volkes, ist in gleichem Sinne Forschungsgegenstand, wie es das unsere ist; die praktischen Juristen hingegen sollen unser Recht kennen lernen, und sie sollen es, wie ich vorher zeigte, nicht erforschen, sondern anwenden und gestalten lernen, was etwas ganz anderes ist. Man darf das Gesagte nicht mißverstehen. Das Ziel der Erziehung praktischer Juristen ver-



langt nicht etwa sofortige Abrichtung auf den praktischen Beruf, Lehre des Nächstliegenden, des unmittelbar praktisch Verwendbaren. Im Gegenteil: wir wollen das Ziel durch eine gründliche, wahrhaft theoretische Vorbildung erreichen. Es gibt kein tieferes Wort auch für den Juristen, als das von Hegel einst, wenn auch in anderem Sinne, geprägte: „Der Weg des Geistes ist der Umweg.“ Ich zweifle nicht, daß der rechte Weg zum Ziel nicht immer der scheinbar kürzeste ist.

Welche Anforderungen im einzelnen in der Prüfung erhoben werden und worauf sich darum Lehre und Studium erstrecken sollen, braucht hier nicht näher ausgeführt zu werden. Unsere jungen Juristen sollen, wie ich schon sagte, juristisch denken lernen, den Zusammenhang des ganzen Stoffes überblicken und sich so viel an Kenntnissen aneignen, daß sie sich überall in dem ungeheuren Gebiet zurechtfinden können. Daraus ergibt sich alles an Einzelforderungen. Nur eine von diesen möchte ich mit ein paar Worten berühren, sie betrifft das römische Recht \*). Es bildet noch heute, obwohl es praktisch nicht mehr gilt, einen wichtigen Gegenstand des Unterrichts. Ist das berechtigt? Darüber herrscht lebhafter Streit. Einig sind wir, wie ich hoffe, alle über den Gesichtspunkt, daß das römische Recht bei der Berufsvorbildung — um diese handelt es sich — jedenfalls nicht seiner selbst halber getrieben werden darf, sondern lediglich als Vorschule für das heutige Recht. Wie weit ist es nun zu diesem Zweck unentbehrlich? Ist es deshalb notwendig, weil das heutige Recht ohne Kenntnis seiner geschichtlichen Wurzeln nicht verstanden werden könne? Ich weiß, daß hochgeschätzte Fachgenossen so urteilen, aber ich kann mich dieser Meinung nicht mehr anschließen. Es gibt Juristen allerersten Ranges, die von der Rechtsgeschichte wenig wissen. In anderen Fächern, wie insbesondere dem Strafrecht, legt man auch auf das Geschichtliche im Unterricht kaum irgendwelchen Wert. Andere rechtfertigen die Betonung des römischen Rechts im Unterricht damit, man könne von ihm besser als an einem anderen juristisch denken lernen. In meiner Privatdozentenzeit erzählte man hier in Göttingen — verbürgen kann ich die Tatsache nicht —, unser großer Windscheid habe die Äußerung getan, er unterfange sich, einen vorzüglichen modernen Juristen vorzubilden allein durch die Beschäftigung mit dem Pandektentitel „de stipulatione servorum“ (über die Stipulationsverträge der Sklaven), obwohl wir heute keine Sklaven mehr haben und

---

\*) Genauerer in meinem Aufsatz in der Deutschen Juristen-Zeitung vom 1. Januar 1920, S. 22 ff.

keine Stipulationsform mehr kennen. Ich habe damals über diese Äußerung spotten hören, aber ihr Kern ist, soweit es sich um die Denkschulung handelt, richtig. Diese Denkschulung kann allerdings unter der Führung eines geschickten Lehrers an jedem Recht, auch dem fremdesten, gewonnen werden, wie man auch an jeder Sprache die allgemeinen sprachlichen Fragen studieren kann; es fragt sich nur, ob dazu das römische Recht mehr geeignet ist, als das heute geltende. Das ist nach meiner Meinung in einem Sinne zu bejahen, in einem anderen zu verneinen. Die ausgedehnten geschichtlichen und dogmatischen Vorlesungen über römisches Recht, die heute noch gehalten werden, haben in keiner Weise einen größeren Lehrwert, als die über das heutige bürgerliche Recht — übrigens kommt noch hinzu, daß die neue romanistische Forschung das, was man früher als römisches Recht ansah, derart zerfasert und aufgelöst hat, daß ein einigermaßen zusammenhängender Lehrvortrag, der dem jungen Studenten verständlich sein könnte, kaum noch mit wissenschaftlicher Befriedigung möglich ist. Aber ich bejahe den Lehrwert des römischen Rechts durchaus, soweit es sich um Beschäftigung mit den Quellen handelt. Gerade die unvollkommene Form seiner Überlieferung, die Tatsache, daß seine Quellen tausende und aber tausende kleiner Rechtsfälle erörtern, macht es zu einem unvergleichlichen, nie wieder dagewesenen und auch in Zukunft durch nichts Ähnliches ersetzbaren geistigen Turngerät. Exegese römischer Quellen unter Leitung eines geschickten und kundigen Lehrers ist das kürzeste und stärkste Mittel der Denkschulung, das ich kenne, und darum trete ich dafür ein, daß solche Übungen unter allen Umständen beibehalten werden. Der Student kann sie aber nur mitmachen, wenn er wenigstens elementare Kenntnisse im römischen Recht besitzt. Solche Kenntnisse sind übrigens auch deshalb durchaus notwendig, weil ohne sie der Zugang zu der gesamten älteren Rechtsliteratur, die noch immer unentbehrlich ist und es noch lange sein wird, verschlossen bleibt. Eine Vorlesung über römisches Recht muß also vorausgehen, aber der eigentliche Lernstoff kann doch gegenüber dem heute geforderten sehr stark eingeschränkt werden. Der Student braucht eben nur soviel zu lernen, daß er nachher unter Anleitung des Dozenten an den exegetischen Rechtsfall-Übungen teilnehmen kann. Ich glaube, es würde insgesamt eine wöchentlich 3- bis 4stündige theoretische Vorlesung ausreichen.

Ich komme nunmehr auf die Reihenfolge der Vorlesungen. Auch hierüber ist Streit. Doch ist diese Frage nicht besonders wichtig, sofern nur im ersten Semester eine größere „Einführung in die Rechtswissenschaft“ gehört wird. Auf diese ist allerdings größtes

Gewicht zu legen. Daß eine solche Vorlesung überall neugeschaffen oder ausgebaut worden ist, sehe ich als einen entschiedenen Fortschritt an. Die sogenannte „Einleitung“ in die Institutionen-Vorlesung, die noch in meiner Jugend meist zugleich als Einführung in die gesamte Rechtslehre dienen sollte, war das denkbar kläglichste. Nicht ohne tiefe Beschämung kann man sehen, ein wie schaler Trank auch von sonst guten Lehrbüchern den Studenten in den Studienbecher gegossen wurde. In der Einführungsvorlesung soll der junge Student Lust und Liebe zur Sache und Verständnis für die Wichtigkeit seines Studiums bekommen, das ist ihr Hauptzweck: wenn der nicht erreicht wird, ist sie verfehlt. Und sachlich soll er hier die Grundbegriffe des gesamten Rechtssystems kennen lernen, damit er in den Stand gesetzt wird, an den Vorlesungen über jeden einzelnen Teil nachher mit Erfolg teilzunehmen und sich aus eigenem Verständnis heraus seinen weiteren Studienplan zu bestimmen. Vielfach wird die Vorlesung in der Art gehalten, daß sie bloß einen aneinander gereihten kurzen Abriß dessen gibt, was später in den größeren Vorlesungen über die einzelnen Rechtszweige vorgetragen wird. Das ist nicht ungefährlich, denn nach meiner Beobachtung wird sie dann von den Studenten leicht als etwas Überflüssiges angesehen, und das freudige Interesse mindert sich. Besser scheint es mir vielmehr, daß sie ein zusammenfassendes Bild der Grundfragen des gesamten Rechts gibt und die Fragen aus den einzelnen Rechtszweigen dabei jedesmal eingliedert. Die Anforderungen, die hierbei an den Lehrer gestellt werden, sind allerdings sehr groß: er muß zugleich Tiefe und Leichtigkeit, Einzelkenntnisse und Überblick und dazu ein großes Verantwortlichkeitsgefühl besitzen; nicht der junge Anfänger, nur der Reife, der Kundigste, der Erfahrenste sollte diese Vorlesung halten, und auch er wird noch oft genug das Gefühl haben, daß er seiner Aufgabe nicht voll gerecht wird.

Heute verfehlt nun allerdings die „Einführung“ — auch wenn sie noch so gut gehalten wird — so ziemlich ihren Zweck; denn wenn sie wirklich eine „Einführung“ sein soll, ist es offenbar sinnlos, sie, wie es immer geschieht, gleichzeitig mit den Einzelfachvorlesungen des ersten Semesters, unter denen sich noch dazu die über römische Rechtsgeschichte befindet, zu halten; gerade was die Vorlesung über Geschichte des Rechts angeht, so liegt es doch auf der Hand, daß man sie erst verstehen kann, wenn man die Rechtsbegriffe selbst, die dabei vorkommen, schon einigermaßen kennt. Warum entschließt man sich denn nicht endlich, wenigstens im ersten Semester mit der heutigen Form des Nebeneinander der verschiedenen Vorlesungen zu brechen und diese im gleichen Semester



nachinander zu halten? Auch hier steht nichts, wirklich gar nichts als die eingewurzelte Gewohnheit entgegen. Mein Ideal wäre dies: Im ersten Semester wird jeden Tag zwei Stunden lang zunächst diese Einführung gelesen, nach deren Beendigung wird noch besonders eine kurze Übersicht über die Grundzüge des bürgerlichen Rechts gegeben und der Schluß des Semesters mit einer Rechtsgeschichte ausgefüllt, in der die Entwicklung des Rechts als eines Teils der menschlichen Gesamtkultur vom römischen Altertum bis zur Gegenwart großzügig und weniger bloße Kenntnisse als vielmehr Anschauungen vermittelnd vorgetragen würde. Daneben herlaufend sollte schon das Studium der Volkswirtschaft beginnen. Damit ist das Semester völlig ausgefüllt. Wenn eine solche Vorlesung gehört ist, bleibt es ziemlich gleichgültig, in welcher Reihenfolge der Student nachher weitere Vorlesungen hört; er kann mit Privatrecht, er kann auch mit öffentlichem Recht fortfahren. Bleibt es hingegen bei der heutigen Einrichtung des Nebeneinander der verschiedenen Vorlesungen im ersten Semester, dann würde es sich jedenfalls empfehlen, die heutige Sitte, wonach schon im ersten Semester mit römischem Recht begonnen wird, aufzugeben. Gewiß, ein hervorragender Lehrer wird seine Zuhörerschaft für das fremde Recht erwärmen können, aber die Durchschnittsbeobachtung ist doch sicher zutreffend, daß der Studienbeginn mit dem römischen Recht den Studenten aus dem Kolleg eher wegscheucht, als daß er ihn heranzieht. Erzieherisch ist es gewiß richtig, überall mit Gegenständen zu beginnen, bei denen man an schon vorhandene Vorstellungen und Kenntnisse anknüpfen kann, d. h. also mit dem jetzigen Recht. Ich habe eine tiefe Liebe für das römische Recht und werde, solange ich überhaupt lehre, immer versuchen, die Studenten für sein Studium zu erwärmen; gerade wenn es erst in ein späteres Semester geschoben wird, wo der Student selbst schon ermessen kann, was er daran hat, erhoffe ich eine neue Blüte dieses Studiums.

Im übrigen halte ich es für ratsam, dem Studierenden so viel Freiheit wie möglich in seiner Studienanordnung zu lassen; denn alle Wege führen nach Rom und eines schickt sich nicht für alle. Neigung und Begabung mögen den einen auf diesen, den anderen auf einen anderen Weg weisen. Dabei noch eine Mahnung: Das A und O des Universitätsunterrichts ist doch viel weniger der Lehrgegenstand als der Lehrende. Wie oft habe ich schon einem Studenten, der mir sagte, er wolle diese oder jene Universität beziehen, und mich dann fragte, was er dort hören solle, geantwortet: „Nicht was, sondern wen Sie hören, darauf kommt es an. Hören



Sie alles, was der Mann ersten Ranges, den Sie dort finden werden, lesen wird, gleichgültig, ob Sie es schon einmal gehört haben oder nicht.“ Es ist ein hohes Gut des Lebens, einmal unter dem Einfluß einer großen Lehrerpersönlichkeit gestanden zu haben, ein Gut, dessen man sich freilich erst in späteren Jahren, aber dann besonders, stark bewußt wird. Darum sollte auch die Unterrichtspolitik immer darauf gerichtet sein, große Lehrerpersönlichkeiten zur vollen Wirksamkeit zu bringen. Von einem solchen Menschen können Ströme von Wirkungen ausgehen, die viel wichtiger sind als was noch so viele Durchschnittsdozenten vereinigt zu leisten vermögen.

Die dritte Frage ist die nach der Technik des Unterrichts, doch handelt es sich hier so sehr um Einzelfragen, daß ich darüber nicht näher sprechen will. Nur eine einzige Bemerkung: die Beschäftigung mit Rechtsfällen wird dem Studierenden leicht fesselnder sein als die mit dem System, aber ich möchte doch davor warnen, dieses gering zu achten. Die systematische Lehre muß immer das Rückgrat bilden, das entspricht der deutschen Geistesart; nur auf diese Weise lernt der Jurist den Einzelfall in den großen Zusammenhang hineinstellen und wird befähigt, auch in Fällen, für die es an einer besonderen Rechtsbestimmung fehlt, eine Entscheidung zu geben, die mit dem sonstigen Rechtsinhalt in geistiger Einheit steht. Eine besondere Frage ist es dabei, ob der systematisch geordnete Stoff lediglich durch Vortrag des Lehrers oder in Form des Gespräches mit Frage und Antwort, sei es auch unter Heranziehung kleinerer Rechtsfälle zur Besprechung, übermittelt wird. Es kommt nur darauf an, daß die systematische Ordnung voll erhalten bleibt.

Ich habe bisher von der Hauptaufgabe der Lehre und des Studiums gesprochen. Es gibt aber noch zwei andere Aufgaben, die erfüllt werden müssen, eine, die sozusagen über dem bisher Erwähnten, und eine andere, die unter ihm liegt. Eine höhere Aufgabe: Die Forschungsarbeit steht, wie schon gesagt, außerhalb des Bereichs dessen, was für den Studierenden notwendig ist, aber es wäre doch sehr wünschenswert, wenn jeder Studierende einmal in seinem Leben an irgendeinem beliebigen Punkt tiefer durch Selbstarbeit in den Stoff hineingebohrt hätte. Er würde auf diese Weise eine Vorstellung davon gewinnen, was überhaupt Forscherarbeit ist, und was für einen Wert selbstlose, eindringende Gelehrtenarbeit besitzt; einmal in seinem Leben eine wissenschaftliche Arbeit um ihrer selbst willen zu machen, diesen Genuß müssen wir ihm verschaffen. Dies gerade würde wie eine Sonne sein späteres Leben vergolden. Wie oft hatte ich im Seminar Gelegenheit, diese Freude

eines, der zum erstenmal theoretisch arbeitete, zu beobachten. In welcher Weise läßt sich das nun einrichten? Für die heute in der Referendarprüfung verlangte Sechswochenarbeit, gegen die so sehr viel spricht, machen ihre Verteidiger geltend, der Student werde auf diese Weise wenigstens einmal zu einer wissenschaftlichen Vertiefung gezwungen. Das erkenne ich in vollem Maße als einen Vorteil an, aber es ist immer ein Fehler, eine Einrichtung zu einem bestimmten Zweck dadurch zu empfehlen, daß sie einen ganz anderen Zweck erreichen hilft. Viel besser erscheint mir darum der Vorschlag, daß jeder Student, der sich zur Prüfung melden will, bei der Beendigung des zweiten Universitätsbesuchs eine größere Arbeit über irgendein beliebiges Thema des gesamten Wissenschaftsgebietes einreichen müsse, sei es zensiert von einem Universitätslehrer, sei es vielleicht auch bloß unzensiert, mit der Versicherung selbständiger Abfassung. Man braucht dann nicht zu fragen, wie lange er daran gearbeitet hat, er hat auch den Vorteil einer Selbstwahl des Themas und er kann die Arbeit irgendwann während seines Studiums machen, spart also für die Prüfung erheblich an Zeit. Selbstverständlich würde dem Prüfungsausschuß immer das Recht verbleiben, die Arbeit anzusehen und sie als nicht genügend zurückzuweisen, auch wenn sie von einem Universitätslehrer günstig begutachtet ist. Ich glaube, daß diese Anordnung sehr viele Vorzüge hätte.

Und nun die andere Aufgabe, die unter dem bisher Besprochenen liegende. Ich muß hier noch einmal von dem Repetitorwesen reden, und auch hier bedarf es vollster Offenheit, sonst kommen wir nicht weiter. Es handelt sich da um eine der heikelsten und schwierigsten Fragen der Universitätspolitik. Ich will sofort sagen: ich kenne eine Reihe von Repetitoren, die ich wegen ihrer großen Lehrbegabung, ihrer ausgedehnten Rechtskenntnisse und ihres unermüdlichen Fleißes hoch schätze, und ich sehe in ihrer Lehrtätigkeit eine wertvolle Ergänzung des Universitätsunterrichts; unendlich oft habe ich selbst Studierenden den Rat gegeben, ein Repetitorium zu besuchen. Andererseits weiß ich auch, wie außerordentlich schwere Mißbräuche sich hierbei eingenistet haben, insbesondere in der Art der eigentlichen Prüfungsvorbereitung — Sie werden alle wissen, was ich meine —; und ganz unleidlich ist es, daß der Repetitorienunterricht den Universitätsunterricht vielfach nicht ergänzt, sondern verdrängt. Aber wenn wir diese Übel bekämpfen wollen, müssen wir doch zu allererst fragen, wie ihr Vorkommen denn zu erklären ist. Wie kommt unsere Jugend, unsere prachtvolle deutsche Jugend zu einem solchen Verfahren,

statt zur Universität zu den Bänken der Repetitoren zu eilen? Mir scheint, es sind dreierlei Gründe.

Einmal: Die Studierenden haben den dringenden Wunsch nach einer genaueren Abgrenzung des Lernstoffes; der mögliche Wissensstoff des Rechts ist unermesslich — niemand beherrscht ihn ganz: was davon auch Lernstoff (im Sinne des Prüfungsstoffes) ist, das weiß der Student nicht. Er kann sich nicht etwa darauf verlassen, daß er nur das in der Vorlesung Vorgetragene in der Prüfung zu wissen brauche, denn der eine Rechtslehrer wählt und begrenzt den Stoff der Vorlesung vielleicht ganz anders als der andere, und der Student weiß nicht, von wem er geprüft werden wird. Hilflös fühlt er sich also in einem uferlosen Meer umhertreiben. Hier bietet ihm der Repetitor eine Planke, an der er sich halten zu können glaubt; er meint — vielleicht mit Unrecht —, daß sich der Repetitor (ich will nicht erörtern, auf welche Weise) eine genaue Kenntnis davon verschafft habe, was zum Bestehen der Prüfung notwendig sei, und daß er ihm dies in gedrängter, alles Überflüssige meidender Art übermitteln werde. Ich glaube, daß gerade die völlige Unbestimmtheit des Lern- und Prüfungsstoffes am stärksten für die Beliebtheit der Repetitoren wirkt, und ich selbst bin der Ansicht, daß die Studierenden berechtigt sind zu fordern, daß ihnen der Lernstoff genauer abgegrenzt werde. Man hat zu diesem Zweck das System der „Textbücher“ empfohlen, aber wir besitzen noch keine, und manches spricht auch gegen ihre Einführung; doch will ich hier noch nicht abschließend urteilen. Wohl aber könnte man sofort den Versuch machen, den Studierenden gegenüber die Anforderungen zu formulieren, die bei der Prüfung an sie gestellt werden, und zwar nicht bloß durch allgemeine Redewendungen, sondern eingehend und jedes Fach einzeln berücksichtigend. Das mag sehr schwierig sein, aber es muß geleistet werden, die Studenten haben, wie gesagt, ein volles Recht darauf. Wir müssen ihnen, der eigenen Jugend gedenkend, den nervenaufreibenden Zustand der Beängstigung ersparen, in dem sich so viele — und sicher nicht die schlechtesten — bei der Prüfungsvorbereitung befinden, weil sie nicht wissen, was man von ihnen verlangen wird.

Sodann: Der Student hat vielfach den wohlverständlichen Wunsch, über seinen Studiengegenstand Fragen stellen und die Kunst der Antwort üben zu können, mehr, als das in den Vorlesungen und Übungen möglich ist. Das Repetitorium, wenigstens bei kleinerer Teilnehmerzahl, gibt ihm dazu Gelegenheit.

Endlich: Der Student hält das Kleinod der akademischen Freiheit, wie wir Lehrer es auch tun, mit Recht hoch in Ehren, namentlich uns

Lehrern gegenüber; zugleich aber hat er, das zeigt die Erfahrung, in späteren Semestern einen wahren inneren Drang nach einem gelinden Lernzwang. Nicht selten strenger methodischer Arbeit entwöhnt, vielfältigen Störungen, abziehenden Einflüssen aller möglichen Art ausgesetzt, will er zur täglichen Arbeit angehalten werden, die Aufgaben dazu müssen ihm täglich aufs neue gestellt werden, und zwar so, daß er sicher sein kann, am Ende seiner Studienzeit den gesamten Lernstoff durchgenommen zu haben. Alles dies bietet ihm der Repetitor, und er läßt sich von diesem vielleicht eine geradezu schülermäßige Behandlung gefallen, die wir Universitätslehrer uns nie erlauben dürften, ohne stärkste Mißstimmung hervorzurufen. Das ist psychologisch seltsam, aber es ist so. Vielleicht hängt es mit der freien Wählbarkeit des Repetitors und seinem Unbeteiligtsein an der Prüfung zusammen.

Aus alledem folgt: da es sich hier um durchaus gerechtfertigte Bedürfnisse der Studierenden handelt, läßt sich der Kampf gegen das außerhalb der Universität stehende Repetitorwesen nicht mit äußerlichen Zwangsmitteln führen; der Erfolg von solchen würde lediglich sein, daß man die Fakultäten eines selbstischen Zunftzwangstrebens verdächtigen würde. Vielmehr ist nur ein einziges Mittel aussichtsreich: die Fakultäten selbst müssen Einrichtungen treffen, durch die jene Bedürfnisse der Studierenden befriedigt werden, und zwar noch besser, als es durch die außerhalb der Universität stehenden Repetitoren geschieht, mit einem Tagesschlagwort: man muß die Repetitoren „verbeamten“. In den Fakultäten müssen Repetenten (Assistenten) in genügender Zahl angestellt oder zugelassen werden, welche dem Studenten jenen Kleinbetrieb leisten, den er haben will: dabei müßte — darauf ist großes Gewicht zu legen — den Studierenden die völlig freie Wahl unter den Zugelassenen freistehen. Die Auswüchse würden damit beseitigt werden können, denn diese Repetenten würden nach Lehre und Amt unter die Aufsicht der Fakultäten treten; andererseits würden die Repetenten den Vorteil haben, daß sie Mitglieder der Universität und öffentlich anerkannt und empfohlen sind. Geldopfer seitens des Staats würde dies nicht erfordern: die Einkünfte würden auch ohne solche groß genug sein; auch könnten die Repetenten ja wie heute daneben noch als juristische Praktiker tätig sein. Ich kann die Zukunft nicht voraussehen, aber ich habe doch die Hoffnung, daß der Studierende, wenn er die gleiche Studienhilfe, die er jetzt außerhalb sucht, künftig innerhalb der Universität und noch dazu dort vielleicht billiger findet, diese letztere vorziehen würde; jedenfalls gibt es kein anderes Mittel der Bekämpfung, das irgendeine Aussicht auf Erfolg darböte.



Die Anstellung von Fakultätsrepetenten würde noch einen weiteren zweifachen Nutzen mit sich bringen. Sie würde einmal eine Pflanzschule für spätere Privatdozenten schaffen, an denen es ja jetzt leider überall zu mangeln beginnt; sodann würde sie es ermöglichen, eine Lehreinrichtung zu treffen, die mir besonders vorteilhaft erscheinen würde, nämlich die Verbindung der Vorlesungen mit durchlaufenden Besprechungen über das in jeder Vorlesung Vorgetragene, unter Umständen auch zu dessen Ergänzung. Jeder Vorlesungsstunde würde am besten eine Besprechungsstunde hinzugefügt, sei es ihr nachfolgend, sei es ihr vorausgehend — was besser ist, muß erst die Erfahrung lehren. Dafür würde nun die Vorlesung selbst entsprechend gekürzt werden können. Auf diese Weise würden ohne Verstärkung der Stundenzahl die Studierenden das, was sie zu lernen haben, schon während der Vorlesungszeit und nicht erst später lernen. Zu solchen Besprechungen würden, wenn sie Wert haben sollen, wohl höchstens 30 Teilnehmer auf einmal zugelassen werden dürfen. In kleinen Verhältnissen kann also der Universitätslehrer selbst die Besprechung neben der Vorlesung halten; ich selbst habe das einst jahrelang getan und die Nützlichkeit der Einrichtung damals erprobt. Wenn aber eine größere Zahl von Hörern da ist, so muß zwar die Vorlesung vor allen vereinigt gehalten werden, für die Besprechung aber sind sie in Gruppen von höchstens je 30 zu teilen, und hier bedarf nun der Universitätslehrer, der die Vorlesung hält, einer Unterstützung durch Hilfskräfte, die die Besprechungen zu leiten hätten; selbstverständlich würden diese Besprechungen im Einklang mit der Vorlesung stehen müssen. Ich habe versucht, ältere Studierende zu solcher Arbeit heranzuziehen, aber das hat sich nicht als durchführbar erwiesen. Hier könnten nun die Fakultätsrepetenten mit Vorteil tätig werden. Sollte ihre Zahl nicht ausreichen, so würde man versuchen müssen, auch außerhalb der Fakultät stehende Hilfskräfte aus der Praxis zu vorübergehender Mitarbeit zu gewinnen. Gering ist die Zahl der großen Vorlesungslehrer, die durch den Schwung der Gedanken und die Form der Darstellung den Zuhörer in die Höhe reißen können; häufiger ist erfahrungsgemäß die Begabung zum einfachen Unterricht in kleinerem Kreise. Dem trägt dieser Vorschlag Rechnung.

Allerdings hängt nun die Wirksamkeit aller dieser neuen Einrichtungen schließlich davon ab, wie die Prüfungen gestaltet werden. Ich kann auf die vielen einzelnen Fragen, die in dieser Hinsicht gegenwärtig mit Lebhaftigkeit erörtert werden, auf die vielen Klagen und Wünsche, die vorgebracht werden, an dieser Stelle nicht im einzelnen eingehen, sondern möchte nur folgendes sagen:

Man darf die unglücklichen Rechtskandidaten in der Sommersonnenhitze oder in der eingeschlossenen Winterstubenluft der Prüfungsqual nicht längere Stunden aussetzen, als ein gesunder Durchschnittsmensch es aushalten kann, sonst bekommt man kein richtiges Bild. Andererseits muß die Prüfung so ausführlich sein, daß der Zufall möglichst ausgeschlossen ist. Je mehr schriftliche Arbeiten und je eingehender die mündlichen Fragen, desto besser die Prüfung, desto leichter für den gut vorgebildeten Prüfling. In Preußen ist eine solche Sicherheit heute nicht gegeben. Die Zahl der Klausurarbeiten ist viel zu gering: es kann vorkommen, daß sich der Kandidat, obwohl er im allgemeinen gut vorgebildet ist, doch in der einen Klausurarbeit, die er z. B. über bürgerliches Recht anzufertigen hat, in der Aufregung völlig vergreift — kommt denn Entsprechendes nicht auch bei sehr erfahrenen Juristen vor? — und sich so das Prüfungsergebnis verdirbt. Vergreift er sich dreimal, so wird das schwerlich ein reiner Zufall sein. Auch die mündliche Prüfung ist zu kurz. Es ist nur ausnahmsweise möglich, in 5 Stunden von 5 Kandidaten ein wirklich klares Bild zu bekommen. Ich bin daher auch für die Zerlegung der Prüfung in zwei, zeitlich allerdings nicht weit auseinanderliegende Teile. Alle weiteren Bemerkungen und Vorschläge, die ich über die Auswahl der Prüfenden, über die Gestaltung der Prüfung selbst und über die Würdigung der Prüfungsleistungen zu machen hätte, muß ich hier unterdrücken.

Meine Damen und Herren, ich habe zu Ihnen gesprochen in ernstester Zeit. Der Himmel im Westen ist immer noch dunkler geworden, und im Osten ist neues Gewölk aufgestiegen. Was schützt uns gegen die Verzweiflung, die an jeden von uns heranschleicht? Ich glaube, es gibt nur ein einziges Mittel: man muß das Bewußtsein haben, an seiner Stelle, oben oder unten, groß oder gering, unbedingt seine Pflicht zu tun. Den Satz, daß Deutschlands Rettung nur in der Arbeit liegt, darf man nicht nur den Leuten von der Handarbeit zurufen, er trifft ebenso für jeden Geistesarbeiter zu. Auch wir Juristen müssen versuchen, das Letzte an Leistungen aus uns herauszuholen. Unser herrliches Heer ist zerschlagen, die andere Säule unseres Staates, das ausgezeichnete höhere Beamtentum (im weitesten Sinne genommen), das wollen wir uns erhalten. Nein, wir wollen es nicht erhalten, wir wollen es für die Zukunft noch viel höher herausgestalten, als es bisher war; denn die neue Ordnung unserer staatlichen Verhältnisse stellt die Juristen aller Art in riesigem Umfange vor neue Aufgaben. Diesen soll es gewachsen sein. Deshalb kommt es in noch viel höherem Maße als bisher darauf an, ihm die rechte Vorbildung zuteil werden zu lassen. Es ist eine wichtigste vaterländische Angelegenheit, in deren Dienst

wir hier versammelt sind. Wenn der einzelne zu seinem Amt nicht planvoll geistig vorgebildet ist, dann kann er — vom Genie abgesehen — nicht leisten, was er soll; das können wir leider gerade jetzt besonders gut beobachten. Denn der Geist ist es schließlich, der die Welt regiert. Ein Staat kann vielleicht in jeder politischen Form zur vollen Blüte gelangen, aber unter allen Umständen ist er verloren, wenn nicht die Menschen, die geistig sind, an seine Spitze kommen, und wenn nicht die Menschen, die an seiner Spitze stehen, wahrhaft geistige Menschen sind. Daß es so auch in unserem theuren Vaterlande werde, dazu müssen wir alle mithelfen.

---











3 9001 01996 6749

